

Mateus Stallivieri da Costa

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO - REVISÃO DA  
DOCTRINA E DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Monografia submetida ao Programa de Graduação da  
Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção  
do Grau de Bacharel em Direito Orientador: Prof. Dr.  
Guilherme Henrique Lima Reinig

Florianópolis  
2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Costa, Mateus Stallivieri

Responsabilidade Civil do Estado por Omissão: Revisão da  
Doutrina e da Aplicação do Instituto nos Tribunais Superiores /  
Mateus Stallivieri da Costa; Orientador, Guilherme Henrique  
Lima Reinig.

Florianópolis, SC, 2017.

76 pg.

Monografia – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro  
de Ciências Jurídicas. Curso de Direito Noturno.

Inclui Temas

1. Responsabilidade Civil. 2. Responsabilidade do Estado. 3.  
Responsabilidade Omissiva. 4. Omissões Estatais.





Mateus Stallivieri da Costa

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO - REVISÃO DA  
DOCTRINA E DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgada adequada para obtenção do Título de Bacharel e aprovada em sua forma final pelo Programa Graduação do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina

Florianópolis, 27 de Junho de 2017.

---

Prof. Humberto Vecchio , Dr.

Coordenador do Curso

**Banca Examinadora:**

---

Prof.<sup>a</sup> Guilherme Henrique Lima Reinig, Dr.

Orientador

Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr.

Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Pedro Menezes Niebuhr, Dr.

Universidade Federal de Santa Catarina



## **RESUMO**

Pretende-se com esse trabalho elaborar uma revisão bibliográfica sobre os aspectos que norteiam o instituto da responsabilidade civil do Estado por omissão, tanto por parte da doutrina nacional como a aplicabilidade prática através da análise do entendimento dos tribunais superiores. A responsabilidade civil do Estado por omissão é tema envolto de polêmicas e divergências por parte da doutrina, sendo que essa realidade acaba por ser encontrada também nos julgados do STF e do STJ. O trabalho é dividido em três partes, sendo a primeira envolvendo a responsabilidade civil do Estado em um aspecto geral, seu conceito e evolução histórica, além de elementos cruciais para sua estruturação. O segundo capítulo envolve especificamente a responsabilidade por omissão e o terceiro parte para a análise da responsabilidade omissiva dos poderes legislativo e judiciário. A conclusão da pesquisa envolve uma crítica a metodologia empregada nas pesquisas do direito (ou a falta dela), a confirmação de divergência contundente em diversos aspectos que circundam essa modalidade de responsabilização e o registro da existência de confusões relativas a sua aplicabilidade, tanto na doutrina como nos tribunais superiores.

**Palavras-chave:** Responsabilidade Civil do Estado. Omissão indenizável. Teoria do Risco.





## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>Capítulo 1. Responsabilidade Civil do Estado .....</b>	<b>14</b>
1.1 - Teorias da Responsabilidade Civil do Estado .....	16
1.1.1 - Teoria da Irresponsabilidade do Estado .....	16
1.1.2 - Teorias Civilistas da Responsabilidade do Estado .....	17
1.1.3 - Teorias Publicistas da Responsabilidade do Estado .....	19
1.2 - Tratamento Constitucional Brasileiro .....	23
1.2.1 - Artigo 37 e a Responsabilidade Objetiva do Estado .....	23
1.2.2 - Agentes Ativos da Responsabilidade Civil do Estado .....	25
1.3 - Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado .....	26
1.3.1 - Dano Indenizável .....	26
1.3.2 - Nexo de Causalidade .....	27
1.3.3 - Atenuantes e Excludentes de Responsabilidade .....	28
1.4 - Responsabilidade Civil do Estado por Atos Lícitos .....	29
<b>Capítulo 2. A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão .....</b>	<b>33</b>
2.1 - Responsabilidade por Omissões Ilícitas .....	34
2.2 - A Divergência Doutrinária Quanto a Teoria da Responsabilidade Aplicável a Omissão .....	35
2.3 - O entendimento dos Tribunais Superiores quanto a Responsabilidade Omissiva do Estado .....	39
<b>Capítulo 3. Responsabilidade Civil por Atividades do Poder Legislativo e Judiciário ..</b>	<b>44</b>
3.1 - Responsabilidade Civil do Estado pela Atividade Judiciária.....	44
3.1.1 - A Responsabilidade Civil do Estado pela Omissão da Atividade Judiciária.....	49
3.2 - Responsabilidade Civil do Estado por Atos do Poder Legislativo .....	56
3.2.1 - Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Legislativa.....	60
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>66</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>73</b>



## INTRODUÇÃO

O trabalho envolve o tema do instituto da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, ou seja, o dever de indenizar por parte da Administração Pública quando vier a ser responsável por um dano causado a um administrado em função da ausência de ação ou prestação que lhe era dever fazer. Ao longo do estudo são aprofundadas as questões conceituais pertinentes, as hipóteses de aplicação do instituto, evoluções doutrinárias e a aceitação e entendimento dos tribunais superiores.

A temática da responsabilidade civil do Estado envolve duas grandes áreas do direito, o direito civil e o direito administrativo, ambas com sistemas e princípios distintos, com institutos próprios e evoluções conceituais independentes, de forma que essa intermediação do instituto entre as duas áreas eleva o volume de informação a ser pesquisado, trazendo constantemente debates periféricos à temática principal, estes muitas vezes ainda não resolvidos pela doutrina.

Tendo em vista a impossibilidade de se vencerem todos os tópicos que poderiam vir a surgir durante a pesquisa, o trabalho não se propõe a tratar todas as núncias existentes que envolvem a responsabilidade civil do Estado por omissão, tendo uma delimitação específica. Serão abordados ao longo dos três capítulos os temas necessários para a compreensão da responsabilidade civil da Administração Pública, essa como administração direta e ente público, não entrando assim em debates profundos quanto a responsabilização de seus agentes e as possibilidades de ações regressas ou diretas contra os mesmos. Da mesma forma, as discussões existentes quanto à administração indireta, contratos administrativos, permissões, autorizações e etc. também não recebem uma análise aprofundada por fugirem da temática delimitada. Apesar do instituto da responsabilidade civil ser antigo e relativamente consolidado, ainda apresenta diversos temas controversos, como nos casos de abuso de direito, a ideia de objetivação da culpa e a possibilidade de um risco integral para assuntos específicos, pontos que não puderam ser aprofundados dentro das limitações necessárias para o desenvolvimento do tema.

Destacada a delimitação temática, o trabalho propõe então um estudo quanto ao posicionamento da doutrina nacional referente a responsabilidade civil do Estado por omissão objetivando levantar as convergências e divergências temáticas existentes, quais as principais linhas teóricas defendidas e posteriormente quais dessas tem sido acolhidas nos tribunais superiores. No aspecto referente aos tribunais superiores, em virtude da quantidade variada e numerosa de julgados envolvendo o assunto, foi escolhido o filtro referente ao Supremo

Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), pois uma avaliação quanto aos Tribunais de Justiça estaduais demandariam um tempo e esforço demasiado para os objetivos da pesquisa. Sendo assim o problema principal: Qual o entendimento da doutrina nacional quanto a responsabilidade civil do Estado por omissão e como tem sido a recepção da temática nos tribunais superiores?

O problema já leva a se pensar de imediato a possibilidade de uma falta de uniformização tanto interna da doutrina como externa, em relação a jurisprudência. Por envolver duas grandes áreas do conhecimento, divergências entre civilistas e administrativistas surgiriam ao decorrer da necessidade de cada um dos grupos avaliarem a questão segundo critérios específicos de cada disciplina, assim levando a discordâncias que se materializariam nas decisões do STF e do STJ.

A metodologia escolhida para o desenvolvimento da pesquisa é a revisão bibliográfica, através da leitura e explanação de artigos, livros e coleções da doutrina nacional, assim como dos principais julgados que envolvem a matéria. Para a construção redacional, o método escolhido foi o dedutivo, ou seja, se passando de uma concepção geral para uma específica.

A elaboração da estrutura do trabalho foi configurada de forma a seguir essa metodologia, sendo o primeiro capítulo uma revisão focada em aspectos gerais da responsabilidade civil seguindo para a responsabilidade civil do Estado, elencando em ambos os pontos as divergências e polêmicas expressas pelos doutrinadores. Em um segundo momento o tema se foca exclusivamente da omissão do Estado, tratando de conceitos e teorias aplicáveis. Por fim, no terceiro e ultimo capítulo a pesquisa se volta para a responsabilidade civil por omissão dos poderes legislativo e judiciário, tratados de forma diferenciada pela doutrina e jurisprudência, e em ambos os casos pouco explorados.

A metodologia empregada leva a uma construção na qual se inicia por um panorama geral, visando consolidar conceitos básicos da responsabilidade civil e sua vertente relacionada ao Estado, para permitir assim uma compreensão das divergências presentes no instituto pertinente a omissão.

O trabalho possui contornos de relevância devido a dois pontos diversos. Em primeiro momento é importante ressaltar a evolução das atividades estatais nos últimos anos, o aumento dos direitos concedidos na carta magna de 1988, assim como as inúmeras e crescentes atribuições assumidas pela máquina pública. Dessa forma, com o inchaço do Estado, por lógico suas responsabilidades e deveres também crescem, tornando a judicialização de suas condutas pratica cada vez mais comum. Em um segundo momento, a necessidade de revisão do tema também se justifica pelas divergências existentes, pela

importação de conceitos que evoluíram em ordenamentos alienígenas e as inúmeras teorias que o cercam.

Assim sem pretensões de responder todas as dúvidas que serão encontradas, ou revelar soluções inéditas e inovadoras, as páginas que se seguem pretendem levantar e apurar os comportamentos doutrinários e jurisprudências da responsabilidade civil do Estado por omissão, com fim de fomentar o debate e entregar uma revisão geral sobre o panorama do instituto no Brasil.

## Capítulo 1. Responsabilidade Civil do Estado

Para o entendimento do funcionamento do instituto da responsabilidade do Estado e da sua conduta omissiva, se torna obrigatório a definição de conceitos relativos a responsabilidade civil como tema geral, pois de certa forma, seus elementos, sua constituição e regramentos são invocados nas discussões mais específicas.

Fazendo uma análise etimológica da palavra *responsabilidade*, derivada do latim *repondere*, podemos chegar em algo próximo da ideia de *obrigação de se responder algo*, sendo conceito aproximado com a ideia de *reparação*. Para o civilista Silvio Venosa o termo em seu sentido amplo pode ser usado para definir qualquer situação em que determinada pessoa deve reparar, arcar ou assumir as consequências de determinado ato lesivo (VENOSA, 2008, p. 1)

Na mesma linha, para Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 24), o sentido etimológico da palavra responsabilidade, compatível com obrigação encargo ou contraprestação, não se afasta de seu sentido jurídico, onde designa dever de reparação decorrente de afronta a um dever jurídico.

A responsabilidade civil por sua vez, decorre do descumprimento obrigacional, pela desobediência de determinada regra prevista em contrato ou pela desobservância de certo preceito normativo que regula a vida (Tartuce, 2014, p.325). Segundo definição de René Savatier, temos que o termo Responsabilidade Civil é "[...] a obrigação que pode ser imposta a uma pessoa de reparar um dano causado por outrem por fato seu ou fato de pessoa ou coisa dele dependentes" (Savatier, 1951, p. 1 apud Pedreira, 2016 p. 12).

Por tempos a doutrina se esforçou em dividir a Responsabilidade Civil, criando de certa forma diferentes "categorias". Para Cavalieri Filho é possível dividir a responsabilidade civil entre contratual e extracontratual, sendo o primeiro instituto quando houver dever jurídico violado previsto no instrumento contratual e o segundo quando essa violação for prevista em lei ou na ordem jurídica (2014, p. 30-31). Na mesma linha também segue Flavio Tartuce (2014, p. 325).

Importante ressaltar que apesar de consolidada a divisão entre a responsabilidade civil contratual e extracontratual, inclusive sendo essa a posição escolhida para nortear a presente monografia e utilizada por grande parte da doutrina especializada, o Professor Fernando Noronha tece críticas contundentes a essa possível divisão. Para o professor o termo contratual é vago, pois excluiria negócios jurídicos unilaterais levando a conclusão que teriam tratamento diverso dos contratos. Noronha também critica a utilização do termo

"Responsabilidade Aquiliana" como sinônimo de responsabilidade extracontratual, além da principiologia de ambas as categorias serem parecidas ou até mesmo idênticas (Noronha, 2010. p. 454-455).

Superadas as definições conceituais básicas referentes ao instituto da responsabilidade civil, é possível partir para a busca do entendimento do termo Responsabilidade Civil do Estado. Para Ana Maria Pedreira, o instituto pode ser definido pela obrigação imposta ao Poder Público de reparar determinado dano sofrido e suportado por terceiros em decorrência da sua atividade (Pedreira, 2015, p. 15). O administrativista Hely Lopes Meirelles em definição muito próxima, fala na Responsabilidade civil da Administração como a obrigação que impõe a Fazenda Pública a indenizar danos causados a terceiros (Meirelles, 2009, p.655).

Dessa forma, pode-se concluir que a Responsabilidade Extracontratual da Administração ou mesmo do Estado, trata-se da obrigação do aparato estatal em responder pelos danos causados aos seus administrados (terceiros) no exercício da sua atividade. Essa responsabilidade materializa e reforça a ideia de Estado de Direito, pois corrige e inibe posturas não normalmente esperadas por parte da Administração (Scatolino; Trindade, 2016, p. 848-849). Para Celso Antônio Bandeira de Mello a própria noção de Republica se consolida na existência de responsabilização do Estado, pois não é possível conceder a ideia de sujeitos irresponsáveis dentro do ordenamento (Mello, 2010, p. 1000). Se o objetivo da atividade estatal é em prol da coletividade, não existe justificativa para que apenas um estrato ou até indivíduos isoladamente respondam pelos ônus do exercício administrativo (Cavaliere Filho, 2015, p. 252).

Acontece que o Estado cada vez mais passou a atuar em setores econômicos e sociais envolvendo a coletividade. Essas atuações deixaram de ser algo externo e passaram a integrar o rol de funções da administração. Ampliaram-se as funções sociais e assistenciais, tornando a máquina pública cada vez mais inchada e complexa (Medauar, 2011 p.84). Essa complexidade e evolução das funções administrativas força também um aperfeiçoamento dos institutos da responsabilidade, ao passo que o Estado cresce e desenvolve-se o instituto também precisa acompanhar esse desenvolvimento, cabendo à doutrina e à legislação aperfeiçoar e atualizar as teorias cabíveis.

A complexidade da temática levou ao surgimento de diversas teorias ao longo do tempo, assim como divisões e classificações que se alterariam e inovariam ao longo do tempo, gerando profundas discussões doutrinárias e diferentes aplicações jurisprudenciais (algumas tidas como contestáveis), sendo objetivo desse primeiro capítulo elaborar uma breve revisão e

contextualização histórica dessa evolução, assim como identificar os pressupostos e elementos consolidados pela legislação e doutrina brasileira.

### 1.1 - Teorias da Responsabilidade Civil do Estado

Para fins acadêmicos e de contextualização, a doutrina costuma dividir a construção da responsabilização do Estado em três grandes marcos, sendo o primeiro de total irresponsabilidade, se permitindo apenas a responsabilização do agente público; o segundo marcado pela valorização de um elemento subjetivo; e o terceiro com enfoque no elemento objetivo, baseado no risco (Morosini, 2016, p. 39).

#### 1.1.1 - Teoria da Irresponsabilidade do Estado

A teoria da total irresponsabilidade civil do Estado por seus atos é tida como a doutrina mais antiga existente, baseada esta na ideia de irresponsabilidade absoluta, devido ao entendimento de soberania do Estado, contra o qual eram inoponíveis direitos individuais (Diniz, 2009, p. 642). Como representações do Estado absoluto, imperava a expressão de um Estado superior, onde o mesmo estava acima de todos e não poderia causar dano algum (Morosini, 2016, p. 40). Representações clássicas da filosofia absoluta da época encontram-se imortalizadas nas expressões: *Quod princi placuit habet legis vigorem*; *the king can do no wrong*; *sovereign can do no wrong*; *le roi ne peut mal faire* e *I'État c'est moi*, está última famosa e emitida pelo rei Francês Luís XIV (Morosini 2016, p. 41).

Segundo Cavalheri Filho, a ideia de uma responsabilidade que implicasse em "prejuízos" financeiros à administração era tida como entrave perigoso ao desenvolvimento das atividades do Estado (2015, p. 320). A ideia de um Estado responsável pelos danos causados aos administrados é tida como recente, surgindo junto com a queda dos regimes totalitários e atrelado o surgimento do Estado de Direito, que vincula inclusive a administração as leis, mesmo que ela mesma as tenha editado (Scatolino; Trindade, 2016, p. 852).

Nesse período histórico, apesar de termos imperando a doutrina da irresponsabilidade absoluta do Estado, o administrado não restava por completamente descoberto de proteção jurídica e ressarcitória, existindo a possibilidade de responsabilização individual dos agentes públicos (Moraes, 2007, p. 249). Defendia-se a ideia de que tanto agente, como o Estado, eram sujeitos distintos, assim caso o primeiro extrapolasse suas funções ou os interesses do Estado, seria cabível a sua responsabilização pessoal (Cavalheri Filho, 2015, p. 320).



Contudo, a doutrina aponta que raros ou até mesmo nulos os casos em que ocorria essa responsabilização (Morosini, 2016, p. 41 e Mello, 2010, p. 1001 - 1002).

Ainda nesse período, passam a surgir isoladamente leis que responsabilizavam a Administração Pública, sendo exemplo disso a Lei 28 Francesa do ano de VIII, que responsabilizava o Estado por danos causados por obras públicas (Mello, 2010, p. 1001), demonstrando uma evolução na antiga doutrina.

Quanto ao Brasil, existe divergência doutrinária quanto a aceitação em determinado momento da teoria da irresponsabilidade civil do Estado. Para João Scatolino e João Trindade em nenhum momento foi reconhecida a irresponsabilidade do Estado, tendo a primeira positividade sobre o tema assumido de imediato a responsabilidade por culpa, em 1916 com o Código Civil (2016, p. 852). Para Hewestton Humenhul por outro lado, é possível encontrar aplicações da doutrina da irresponsabilidade ainda no período colonial, baseado nas leis portuguesas, mas inexistindo após a independência (2016, p. 29)

Na mesma linha Cavalheri Filho advoga que apesar da falta de legislação positiva, após a consolidação do império os princípios que norteiam a responsabilidade estatal já coexistam no ordenamento (2015, p. 225). Bandeira de Mello em extensa revisão doutrinária e jurisprudencial confirma a adoção da responsabilidade estatal antes mesmo da positividade do CC de 1916 (2010, 1025-1026)

#### 1.1.2 - Teorias Civilistas da Responsabilidade do Estado

Com a ascensão europeia dos ideais liberais e o crescimento da doutrina de valorização do indivíduo, principalmente na metade do século XIX, foi se tornando insustentável junto com a concepção de Estado absolutista a doutrina da irresponsabilidade do Estado (Morosini, 2016, p. 42). Dessa forma se evoluiu para uma segunda etapa da doutrina da responsabilidade do Estado, esta fundada em uma concepção civilista de responsabilidade estatal, baseada principalmente na culpa dos funcionários e responsabilidade por fato de outrem (Cavalieri Filho, 2015, 321).

Em um primeiro momento da doutrina civilista se entendeu que o Estado somente poderia ser responsabilizado por danos decorrentes dos chamados atos de gestão, equivalendo assim a administração a qualquer particular. Não existindo por outro lado responsabilidade nos chamados atos de império (Morosini, 2016, p. 43). Os atos de império seriam aqueles em que o Estado faz jus a sua soberania, atuando com supremacia sobre o particular. Por outro lado, nos atos de gestão a administração se coloca em igual posição ao particular, sendo

considerado por essa doutrina civilista, aplicável os preceitos do código civil como se particular fosse (Scatolino; Trindade, 2016, 852-853).

Acontece que a doutrina encontrava dois impedimentos. Primeiramente porque eram mantidos todas as prerrogativas e privilégios da irresponsabilidade estatal para os atos de império, podendo estes serem impostos unilateralmente e coercitivamente independente de autorização judicial (Humenhul, 2016, p. 29). Como segundo ponto, existia há imensa dificuldade, tanto doutrinária como jurisprudencial, de definir com clareza as diferenças entre os dois atos, passando os juristas da época a defender a inexistência da diferença entre ambos, acusando a teoria de artifício para defesa da irresponsabilidade estatal (Morosini, 2016, p. 44).

Com o surgimento de inúmeras críticas divisão da responsabilidade em atos de império e gestão, procurou-se equiparar a responsabilidade Estatal à do patrão, ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Era o surgimento da teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva (Di Pietro, 2016, 791). O Código Civil Frances de 1084 é considerado o marco inicial dessa nova teoria (Morosini, 2016, 44). O Estado respondia quando seu funcionário, atuando como agente público atuava de modo doloso, por negligencia, imprudência ou imperícia (Mello, 2010, p. 1011).

Na responsabilidade por culpa, ou subjetiva o centro da análise é o ato ilícito. A indenização surge da transgressão do dever de conduta que forma a ilicitude (Venosa, 2008, p. 25). Assim essa responsabilidade surge quando a conduta que gerou o dano foi praticada mediante comportamento proibido ou que não atenda os padrões de empenho, atenção e habilidades normais exigíveis (Mello, 2010, p. 989). Em um primeiro momento foi possível diferenciar três formas de presunção de culpa dessa modalidade subjetiva de responsabilidade civil, *Culpa in vigilando*, falha de um dever de vigiar (Pai por filho, tutor por tutelado ...), *Culpa in eligendo*, pela escolha do agente e *Culpa in custodiendo*, decorrida da falta do dever de guarda de coisa ou animal (Tartuce, 2014, p. 448).

Acontece que apesar da gritante evolução consistente na aplicação da responsabilidade privada ao Estado, a comprovação do elemento subjetivo nem sempre se tornava tarefa fácil ou até mesmo possível para o administrado. Às vezes se tornava impossível a identificação do causador do dano, outras vezes quando encontrado o agente responsável não era possível enquadrar sua conduta como negligente, imprudente ou imperita, fatores que acabariam por acarretar na irresponsabilidade do Estado e por ventura na falta de indenização do administrado (Morosini, 2016, p.45).

Percebeu-se que não se poderia equiparar o Estado, com todos seus privilégios administrativos, ao regime de responsabilidade do particular, pois restaria o administrado

ainda prejudicado tornando-se assim inaplicáveis os princípios subjetivos da culpa civil na responsabilidade estatal (Mello, 2010, p. 1001). Com isso a responsabilidade civil do Estado precisou migrar da teoria civilista para uma fundamentação na seara do direito público, diferenciando do regime disposto aos particulares, encontrando fundamento no princípio da igualdade e da repartição dos encargos públicos, surgindo as teorias publicistas (Diniz, 2009, p. 642).

### 1.1.3 -Teorias Publicistas da Responsabilidade do Estado

A doutrina comumente divide a etapa publicista da responsabilidade civil do Estado em três momentos, ou três correntes. Essas subteorias são diferenciadas pelo grau de consideração do elemento objetivo, partindo de um primeiro momento na qual ainda se encontram elementos civilistas e avançando em um processo de desvinculação desses elementos (Morosini, 2016, p. 46).

Maria Sylvia Zanela Di Pietro relata que o primeiro grande momento no sentido da construção de teorias da responsabilidade do Estado baseadas nos princípios do direito público, surge com o caso *Blanco* datado de 1873, na França (Di Pietro, 2016, p. 792). No referido caso, uma garota chamada Agnès Blanco foi atingida por um vagão de uma concessionária francesa, buscando indenização o pai da menina promoveu ação contra o Estado. Ao chegar no tribunal de conflitos, em decisão até então inédita, se decidiu que o caso deveria ser apurado com base em princípios próprios do Direito Administrativo (Scatolino; Trindade, 2016, p. 853). O caso então seria enviado para o tribunal administrativo, antes tido como incompetente, sendo apurado não de acordo com o Código Civil Frances e a legislação privada, mas sim de acordo com regras especiais derivadas das necessidades do serviço e da conciliação entre os direitos do Estado e dos administrados. (Di Pietro, 2016, p. 792).

Com base nesses princípios do direito público, evoluiu-se de uma culpa baseada em preceitos individuais para uma culpa impessoal, também tida como "anônima". A noção privada da culpabilidade foi substituída pela noção de falha da prestação do serviço, *faute du service* em Frances (Cavaliere Filho, 2015, p. 496).

Passou-se a entender que haveria, ao contrário da teoria civilista anterior, uma diferenciação entre a responsabilização do Estado e de seu agente. Enquanto o segundo seria responsabilizado pela existência de dolo ou culpa, o Estado seria responsabilizado sempre que não prestasse, ou prestasse de maneira indevida o serviço público (Culpa Anônima) (Scatolino; Trindade, 2016, p. 853). Assim dentro dessa concepção a responsabilidade não

estaria ligada a falha de um agente determinado, sendo dispensável a prova de que o mesmo teria agido com culpa, bastando a comprovação desse mau gerenciamento anônimo, generalizado e impessoal da máquina administrativa (Cavaliere Filho, 2015, p. 251).

Apesar disso, a falta do serviço, falha do serviço ou culpa administrativa ainda importa na necessidade de existência de culpa, ainda que atribuída ao serviço público. Assim, para que o administrado exigisse da administração seu direito de reparação, era preciso que comprovasse esse elemento (Carvalho Filho, 2008, p. 495). Tendo em vista a dificuldade dessa comprovação, em inúmeros casos será preciso admitir uma presunção de culpa contra o Estado, evitando uma impossibilidade de responsabilização pois tornaria o instituto inoperante. Ou seja, a administração terá que provar que de fato agiu dentro dos critérios e padrões esperados (Mello, 2010, p. 1003).

Assim, é importante esclarecer que, aplicando-se a teoria da *faute de service*, ainda cabe ao administrado discutir no âmbito judicial a presença de atuação abaixo do esperado por parte da administração, mesmo que cabível presunção de culpabilidade contra o Estado (Cavaliere Filho, 2015, 251). Bandeira de Mello reforça que nessa modalidade não é possível se falar em responsabilidade objetiva, onde a culpa não é debatida, apesar da existência de uma presunção, o elemento ainda está presente, como já exposto, existindo por parte da doutrina pátria uma confusão conceitual (2010, p. 1004).

Mesmo com essa presunção e a diferenciação entre a culpa da administração e do agente, essa modalidade ainda acarretava em extenso encargo para a vítima, pois se tornava de difícil missão realizar o debate quando o que configuraria falha ou mau funcionamento do serviço, pois como se demandaria por um padrão teoricamente pré-estabelecido que em sua grande maioria nem sequer existia? (Medauar, 2011, p.388). Diante dessa realidade, percebendo que o Estado por ser mais poderoso e dispor de mais recurso que o particular acabava por prejudicar as pretensões indenizatórias, surge a noção de que o mesmo precisaria arcar com um risco natural perante as suas atividades, dentro da lógica de que quanto mais poderes, maiores riscos correspondentes. Surgia então a *Teoria do Risco Administrativo*, atualizando a responsabilidade do Estado para uma responsabilidade objetiva (Cavaliere Filho, 2015, p. 469).

A doutrina costuma apontar a revolução industrial e o processo científico, em conjunto com a explosão demográfica como os principais fatores que levaram ao surgimento dessa nova concepção de responsabilidade civil. O primeiro desenvolvimento surge no âmbito dos acidentes de trabalho, evoluindo posteriormente para os transportes coletivos. A multiplicação dos acidentes deixava as vítimas em clara desvantagem, pois se tornava difícil ou mesmo

impossível para as famílias ou vítimas comprovarem a culpa de eventos ocorridos a centenas de quilômetros de suas residências ou ambientes de trabalho (Cavaliere Filho, 2015, p. 214). Dessa forma a teoria do risco rompe com as teorias civilistas e em regra com a *faute de service*, ao passar a ignorar o elemento culpa, tanto do funcionário como do serviço, passando a tratar de responsabilidade objetiva (Morosini, 2016, p. 48).

Maria Sylvia Di Pietro assevera que essa nova doutrina se baseia no princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais, com origem no artigo 13 da declaração de direito dos homens de 1789 (Di Pietro, 2016, p. 793), do qual se retira: "Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades".

Autores apontam o Decreto nº 2.681 de 7 de dezembro de 1912 como marco da positivação da responsabilidade objetiva no Brasil. O art. 26 desse decreto impõe nessa modalidade a reparação dos danos causados por explosão e estragos nas marginais causados pelas operadoras das estradas de ferro, assim como o art.17 impunha a mesma teoria em relação aos passageiros (Cavaliere Filho, 2005, p. 222).

Louis Josserand, em artigo escrito dentro a seara da evolução da responsabilidade civil explica escolha do legislador. Para ele a companhia obteve uma concessão dos poderes públicos, realizando assim um serviço para a administração e para os administrados. As trepidações do trem podem vir a comprometer a solides das construções marginais, assim como a fumaça advinda do fumo das locomotivas poderia vir a enegrecer os imóveis próximos ou suas fagulhas acender princípios de incêndios, casos em que seria justo e legítimo aos prejudicados pleitear indenização (Josserand, 1941 p. 556-557).

A responsabilidade objetiva do Estado então institui um modelo em que não haveria necessidade da comprovação de culpa, exigindo-se apenas a demonstração da existência de um dano e um nexo de causalidade entre este e a comissão ou omissão do serviço público. O Estado, fazendo seu papel de guardião, intervém, realiza obras, pune, efetua serviços, entre inúmeras atividades, sendo que por isso cria riscos e no caso desse risco gerar um dano, o torna responsável em indenizar. (Humenhuk, 2016, p. 30). Para Sérgio Cavaliere filho: "quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa terá que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém sob pena de ter que por ele responder independente de culpa (2015, p. 155).

A teoria do risco passou então a ser adotada no Brasil desde 1946 com a promulgação da constituição do referido ano, superando a doutrina da responsabilidade subjetiva antes proclamada no código civil de 1916, posteriormente modificado (Scatolino; Trindade, 2016.

p. 858). Para Ana Maria Pedreira, a maior divergência entre a doutrina não é em torno da recepção ou não da teoria do risco e da responsabilidade objetiva, mas sim de qual modalidade do risco deve ser acatada. Parte dos autores defende a modalidade do risco administrativo, conforme anteriormente explicada, outros a aplicação de uma modalidade ainda mais extremada, chamada de teoria do risco integral (2016, p.28).

A par da discussão, Yussef Said Cahali defende a inexistência de diferenciação entre a teoria do risco administrativo e a teoria do risco integral, apontando que apenas "alguma jurisprudência" trata em diferenciar ambas, sendo majoritário o entendimento pela identidade conceitual (Cahali, 2012, p.38). Na esteira da defesa pela diferenciação das duas teorias, Sérgio Cavalieri discorda de que se trataria de uma questão semântica, sendo o risco integral uma modalidade extremada do risco administrativo, se diferenciando pela responsabilização mesmo nos casos em que a atividade daquele que cria o risco não é causa direta e imediata do evento, atenuando assim o elemento de causalidade previsto na doutrina clássica da responsabilidade objetiva (Cavalieri, 2015, p.227).

Nova discussão então surge dentro dos defensores da diferenciação em relação a quais seriam os casos de aplicação da modalidade extremada da teoria do risco. José Scatolino e João Trindade defendem a diferenciação, mas alegam que no Brasil não existe aplicabilidade da teoria do risco integral, elencando como defensores da mesma tese Hely Lopes Meirelles e Diógenes Gasparini (2016, p. 899). Marco Aurélio Bezerra de Mello defende a aplicabilidade da teoria nos casos de danos nucleares (2015, p. 471), Ana Maria Pedreira inclui também os danos ambientais (2016, p. 30-31), Maria Sylvia Di Pietro defende nos casos de danos nucleares e atos terroristas e de guerra contra aeronaves brasileiras (2016, 794), mesmo entendimento segue Howerston Humenhuil (2016, p. 30). Cavalieri Filho por sua vez, além dos danos ambientais, nucleares e oriundos de terrorismo, inclui também os acidentes de trânsito oriundos por meio do DPVAT (2015, 324).

O que se percebe é que para parte considerável da doutrina contemporânea é presente a diferenciação entre o risco integral e o administrativo, sendo este aplicável em regra na responsabilidade estatal prevista no ordenamento brasileiro e aquele quando houver disposição legal prevendo especificadamente, sendo a divergência quanto a quando existe essa previsão, além de uma discussão relativa ao que seria considerado responsabilidade civil ou outra modalidade de indenização.

A construção histórica das teorias de responsabilização do Estado tem espaço fundamental na discussão quanto a responsabilidade omissiva, conforme se verá para frente. A doutrina se divide quanto a possibilidade da aplicação da teoria do risco nos casos de

omissão, existindo uma corrente que defende a responsabilização objetiva e outra corrente a subjetiva. Da mesma forma, os argumentos invocados para justificar a irresponsabilidade Estatal também surgem quando o debate volta-se para a responsabilização dos Poderes Legislativo e Judiciário, tema do ultimo capítulo do trabalho.

## 1.2 - Tratamento Constitucional Brasileiro

Como anteriormente exposto, divergente é a discussão sobre aplicabilidade no tempo de cada uma das teorias no ordenamento brasileiro, inclusive por divergências entre a legislação, a jurisprudência e a doutrina ao decorrer das evoluções teóricas, sendo mais prudente nesse momento analisar apenas para a legislação positiva constitucional, a fim de contextualizar a carta de 1988.

A primeira constituição brasileira, de 1824 estabelecia a responsabilidade apenas dos empregados públicos em decorrência de abusos ou omissões, sendo que a constituição de 1891 reproduziu o mesmo o mesmo dispositivo (Carvalho Neto, 2014, p. 53-54). Entre 1891 e a constituição de 1934, o código civil de 1916 passa a considerar a responsabilidade subjetiva do Estado, inaugurando as teorias civilistas, sendo seguido posteriormente pelas cartas de 1934 e 1937 que passavam a considerar solidaria a relação entre o agente e o Estado (Morosini, 2016, p. 55-56). O grande avanço surge na constituição de 1946, quando no caput do artigo 194 se consolida a responsabilidade objetiva do Estado, de onde se retira:

Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros. Parágrafo Único. Caber-lhe-á ação regressiva contra os funcionários causados do dano quando tiver havido culpa destes.

As constituições de 1967 e a emenda constitucional nº 1 de 1969 mantiveram a redação de 46, reservando as modificações para 1988, quando se manteve a responsabilidade objetiva mas se estendeu tal responsabilidade as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (Carvalho Neto, 2014, p. 55).

### 1.2.1 - Artigo 37 e a Responsabilidade Objetiva do Estado

Conforme relatado, atualmente não existe nenhuma dúvida de que no ordenamento jurídico pátrio o Estado se sujeita a teoria da Responsabilidade Objetiva (Carvalho Filho, 2008, p. 498). O artigo 37 da constituição federal, tratou de explicitar em seu caput os

princípios gerais da Administração Pública, sendo que em seu parágrafo 6º demonstrou preocupação em regular a responsabilidade do Estado:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Estando regulada a Administração pública pelo princípio da legalidade, se extrai que suas atividades precisam ser vinculadas a deveres jurídicos. Essa vinculação tem relevância quando se afasta a possibilidade da administração agir em desconformidade com as normas impostas, gerando de indenização caso assim o faça e acarrete prejuízos. Da mesma forma a violação de um dever jurídico de agir que acarrete danos (uma omissão), também forçara a uma responsabilização (Carvalho Neto, 2014, p. 14-15).

Marco Aurélio Morosini destaca que as principais inovações entre a carta anterior e a de 1988 estão na previsão expressa da responsabilidade objetiva também para os prestadores de serviço público de direito privado e pela substituição do vocábulo "funcionários" por "agentes públicos" (2016, p. 62). Maria Sylvia Di Pietro ressalva que são compreendidas duas regras de responsabilidades distintas dentro do novo dispositivo constitucional, uma relevante a responsabilização do Estado como ente, esta objetiva, mas também uma segunda referente ao agente, por sua vez subjetiva baseada na culpa e dolo (2016, p. 797).

Outras duas escolhas chamam a atenção pela escolha do legislador. Em 1946 se falava em *ação regressiva* contra o funcionário público, sendo hoje utilizada a expressão *direito de regresso*, abrindo a discussão quando ao formado dessa responsabilização do agente nos dias de hoje. Da mesma forma, uma leitura descarregada de pré-conceitos também não permite se retirar o entendimento de ser sempre objetiva a responsabilidade do Estado, muito menos se o dispositivo trata especificamente de atos comissivos ou inclui omissivos, surgindo uma



enorme discordância entre a doutrina (Diniz, 2009, p. 627-628), que será adentrada no segundo capítulo do trabalho.

### 1.2.2 - Agentes Ativos da Responsabilidade Civil do Estado

Sendo o Estado uma pessoa jurídica não possui vontade muito menos realiza ações próprias, todas as suas manifestações se baseiam em atos cometidos por pessoas físicas, essas agindo em seu nome e em condições de agentes, que tomam decisões, realizam tarefas e movem o aparato estatal (Diniz, 2009, p. 639). Ou seja, não se dividem Estado e agente, sendo ambos considerados uma unidade, existindo uma relação orgânica constituída internamente e procedida de intimidade (Bandeira de Mello, 2010, p. 1008).

Para Marco Aurélio Morosini a escolha da palavra agente é a principal inovação da constituição de 88, sendo escolhida de forma propositada (2016, p. 65). Para Bandeira de Mello são suscetíveis de serem considerados agentes públicos, ou seja, aqueles que ensejam responsabilidade civil da administração todos aqueles, de qualquer escalão, que tomam decisões ou realizam atividades alçadas do Estado, trabalhando para o desempenho de "um mister público" (2010, p.1008). Ou seja, o vocábulo abarca uma grande amplitude, estando englobado qualquer tipo de vínculo funcional, funções de fato, casos de substituições, delegação ou até particulares sem vínculo de trabalho, como mesários e fiscais em eleições (Medauar, 2011, p. 392).

Importante ressaltar que não basta o causador do dano ser agente público para resultar em responsabilidade do Estado, o critério não é esse, mas sim que o causador tenha agido na qualidade de agente público (Di Pietro, 2016, p.797). Não se exige nem ao menos que essa ação tenha sido dentro do exercício das funções, bastando a configuração dessa qualidade, pois para a vítima não existe relevância alguma o título, qualificação ou cargo do agente, mas sim que encontre o serviço público adequado e compatível com as atribuições do Estado (Meireles, 2009, 661-662). Nesse sentido o Estado responde inclusive pelos atos cometidos por funcionários de fato, ou seja, aqueles investidos irregularmente na função (Scatolino; Trindade, 2016, p. 867).

A segunda inovação trazida no parágrafo 6º do Artigo 37 faz jus a inclusão das pessoas jurídicas prestadoras de serviço público também responderem dentro a responsabilidade objetiva. Essa disposição surge do entendimento de que não faria sentido o Estado se esquivar de suas responsabilidades quando colocou em mãos de terceiros o desempenho de atividade exclusivamente pública, gerando assim responsabilidade subsidiária (Bandeira de Mello, p.

1008-1009). Quanto as atividades promovidas pelo terceiro setor, Maria Sylvia Di Pietro não vê restrição por parte do legislador, pois essas entidades também desempenham serviços públicos, ocasionando assim responsabilidade objetiva (Di Pietro, 2016, p. 788). Por outro lado, Carvalho Filho em posição diversa, divide o terceiro setor em duas categorias, estando os serviços autônomos sujeitos a responsabilidade objetiva e as organizações sociais e as OSCIPs, por se vincularem por meio de contrato de gestão ou termo de parceria, sujeitos ao regime subjetivo (Carvalho Filho, 2015 p. 343).

Tormentosa é a discussão sobre o direito de regresso contra esses agentes públicos por parte da Administração Pública, existindo três grandes correntes dentro da doutrina. Uma primeira corrente defende ser possível a denunciação da lide logo na ação principal, estando no mesmo polo tanto o ente como o agente. Uma segunda corrente, defensora da solidariedade entre agente e Estado do poder de escolha ao lesado em promover a ação contra quem bem entender. A terceira corrente, considerando a existência de uma dupla proteção no dispositivo constitucional, uma contra o lesado outra contra o agente, defende apenas ação regressiva autônoma após o transito em julgado da indenização.

Em pesquisa bibliográfica sobre o tema, Gustavo Scatolino e João Trindade constataram que Celso de Mello, Maria Sylvia e Carvalho Filho admitem a solidariedade entre agente e Estado. Os mesmos Carvalho Filho e Celso de Mello, somados agora a Hely Lopes Meirelles, Vicente Greco Filho e Weida Zancaner por outro lado não aceitam a ideia de denunciação da lide (Scatolino e Trindade, 2016, p. 890-894). A ministra do STF, Carmen Lúcia advoga pela separação das responsabilidades e a dupla proteção (Rocha, 1991, p.81), assim como Howerston Humenhul (2016, p. 53), sendo Aguiar Dias defensor da denunciação da lide (Dias, 2004).

### 1.3 - Pressupostos da Responsabilidade Civil do Estado

A doutrina de certa forma é divergente quanto aos pressupostos ou também chamados elementos de configuração da responsabilidade civil. A discussão gira entorno da configuração ou não da culpa *lato sensu* como pressuposto, ou somente como elemento genérico. Tendo em vista que a responsabilidade estatal em regra é objetiva, não se apreciando o elemento culpa, por questões didáticas o posicionamento de Maria Helena Diniz (2009, p. 42) e Sérgio Cavalieri Filho (2015, p. 41), se mostram mais adequados, aceitando três pressupostos: a) A existência de uma ação ou omissão, b) Ocorrência de um dano a vítima (nesse caso o administrado) e c) Um nexo de causalidade entre o dano e a ação.

### 1.3.1 - Dano Indenizável

É pressuposto da teoria geral da responsabilidade civil servindo também quando tratamos do Estado, que para a existência de responsabilização é preciso haver dano, a simples existência de uma ilicitude não é motivo suficiente para justificar indenização (Cahali, 2012, p. 65). Por outro lado, a simples lesão a um patrimônio da vítima ou de elemento econômico, não implicará necessariamente, por si só, em dever de ressarcimento por parte do Estado. É fundamental que o dano gere a violação de bem jurídico protegido pelo sistema normativo (Morosini, 2016, 238). Importa ressaltar que aqui se fala em violação de bem jurídico, diferente da avaliação da juridicidade da conduta, ou seja, se origina o ato de forma lícita ou ilícita, fator que gera discordância na doutrina e será avaliado em sequência.

Uma característica indispensável para a existência de danos ressarcíveis é que os mesmos sejam certos e reais. Fernando Noronha descreve os danos reais ou certos como os que "são objetos de prova suficiente, tanto na sua verificação como da sua decorrência de um determinado fato antijurídico", por outro lado os eventuais ou incertos, teriam uma verificação duvidosa e hipotética (2010, p. 650). A doutrina também costuma dividir o dano em material e imaterial ou moral. O primeiro seria manifestado pelo dano emergente, "desfalque sofrido pelo patrimônio da vítima", e o segundo, conhecido como lucro cessante, pela "perda do ganho esperável", sofrido pela paralisação das atividades corriqueiras da vítima (Cavaliere Filho, 2005, p. 97). Os danos morais ou imateriais, seriam as lesões a direitos de personalidade, sua reparação não se configura na determinação de um valor equivalente a dor ou ao sofrimento passado pela vítima, mas sim em uma espécie de atenuação financeira em decorrência dos prejuízos imateriais sofridos (Tartuce, 2014, p.349).

Hoje a doutrina aceita pacificamente a ideia de responsabilidade por danos materiais, discussão antes da carta de 88 existente, sendo inclusive pacífica a tese dentro dos tribunais superiores, podendo quem sabe no futuro se evoluir para uma ideia de danos morais autônomos, independentes de prejuízos materiais. (Carlin, 2007, p. 207).

Assim, em apertada conclusão se retira que para existir o dever público de indenizar é preciso que i) o dano corresponda a lesão de um direito da vítima, sendo que esse dano deve ii) seja certo e não apenas eventual, podendo ser material ou imaterial (Bandeira de Mello, 2011, p. 1.023).

### 1.3.2 - Nexo de Causalidade

O vocábulo "nexo" significa ligação, vínculo, união, elo. Por outro lado, a terminologia "causalidade" significa relação causa e efeito. Assim o nexo de causalidade/nexo causal seria

descrito como a ligação entre a atividade, nesse caso do Estado, e o dano sofrido pela vítima, nesse caso o administrado (Bühning, 2004, p. 102). Para Carlos Roberto Gonçalves é a relação necessária entre fato e o prejuízo (Gonçalves, 2005, p. 88). Sergio Cavalieri ressalta que apesar de aparentar uma noção fácil, na prática o conceito de causalidade apresenta perplexidades. Segundo o professor isso ocorre por não ser um conceito jurídico, mas sim que decorre de leis naturais, podendo para ele ser descrito como a ligação ou vínculo entre a conduta e o resultado (2005, p. 73). Na tentativa de explicar a causalidade a doutrina em geral separa três teorias, a teoria da equivalência das condições, a teoria da causalidade adequada e a teoria do dano direto e imediato (Morosini, 2016, p. 81).

A teoria da equivalência das condições, criada por Von Buri em 1860, também chamada de *conditio sine qua non*, leva em consideração todas as circunstâncias que poderiam ter levado a lesão (Pedreira, 2016, página 71). Ocorre que por levar em conta todos os fatores envolvidos, a teoria acaba por criar um grande inconveniente pois amplia demais o nexo de causalidade (Tartuce, 2014, p. 345). A segunda teoria, desenvolvida por Von Kries e conhecida como causalidade adequada, trabalha com a ideia de identificar dentro da presença de uma possível causa a que teria maior potencialidade de gerar o evento danoso (Tartuce, 2014, p. 345). Para o professor Rafael Peteffi Silva, a grande inovação dessa teoria é que as causas para além de serem apenas necessárias, exigem um critério de adequação, se buscando dentro das diversas causas as que possivelmente apresentariam o resultado (Silva, 2013, p. 273). Por fim a teoria do dano direto e imediato trabalha com a tese de que somente deveriam ser reparados os danos que decorrem da conduta do agente (Tartuce, 2014, p. 345).

Rafael Peteffi revela que apesar da doutrina da causalidade adequada gozar de grande prestígio entre os doutrinadores nacionais, passando por Caio Mario da Silva Pereira, Cavalheri Filho, Aguiar Dias e Clóvis Couto e Silva, outros doutrinadores, se baseando no artigo 403 do Código Civil de 2002 apontam ser essa a escolha do ordenador brasileiro, sendo corrente encampada por Agostinho Alvim, Carlos Roberto Gonçalves e Gustavo Tepedino (Silva, 2013, p. 26).

### 1.3.3 - Atenuantes e Excludentes de Responsabilidade

Na responsabilidade objetiva, como é em regra a do Estado, o nexo de causalidade ganha contornos de importância, pois passa a ser em geral por onde se discute o dever de indenizar ou não, tendo em vista que a culpa é afastada do procedimento jurídico. Ao se excluir o nexo causal não existe mais para a doutrina do risco o dever de indenizar, assim como caso ocorra atenuação desse elemento, a indenização deverá sofrer o mesmo efeito.

Diverge novamente a doutrina em relação a quantos e a quais seriam os possíveis excludentes ou atenuantes de causalidade, por vezes se falando em apenas três, por vezes quatro.

Flavio Tartuce, assim como a maior parte da doutrina pesquisada, elenca a (i) culpa ou fato exclusivo da vítima, (ii) culpa ou fato exclusivo de terceiro e o (iii) caso fortuito ou força maior (2014, p. 386). Marçal Justem Filho considera um quarto fator, o exercício regular do direito, pois para o autor se seguidos todos os deveres funcionais do agente, não haveria motivo algum para o surgimento do dever de indenização (2015, p. 1412).

A culpa do lesado ou fato/culpa exclusiva da vítima ocorre nos casos em que a própria vítima foi a causadora do dano que lhe aflige e não o agente. Caso na investigação do nexo causal se conclua que toda conduta que ensejou o dano foi de responsabilidade da vítima, o nexo causal entre dano e Estado é afastado, restando por extinto o dever de indenizar (Bandeira de Mello, 2011, p. 1024). Caso por outro lado ambas as condutas tenham corroborado com a causa do dano, a responsabilidade será atenuada dentro dos contornos da participação de cada um, pois não seria justo o Estado indenizar por ato que concorreu apenas em parte (Cavaleri Filho, 2015, p. 504-505). Da mesma forma ocorre com o fato ou culpa exclusiva de terceiro, quando não existindo um dever legal do Estado de evitar o dano, um terceiro se impõe contra a vítima causando o dano exclusivamente ou de forma concorrente (Tartuce, 2014, p. 456), restando assim a discussão para que casos haveria ou não dever legal do Estado em impedir a ocorrência do dano.

Polemica doutrinária existe a respeito do caso fortuito e da força maior. Parte da doutrina entende como irrelevante a existência de diferenciação entre os dois institutos, alegando falta de interesse prático e que ambos seriam excludentes de causalidade (Noronha, 2010, p. 659). Para a doutrina que aceita a divisão, a força maior seria uma força natural irresistível mesmo que previsível, sendo o caso fortuito força imprevisível e de causa desconhecida (Pedreira, 2006, p. 85). Ainda há quem divida o caso fortuito em fortuito interno e fortuito externo, sendo apenas o externo excludente de responsabilidade (Bandeira de Mello, 2014, p. 1043). O conceito aparenta ter natureza mais classificatória do que de fato relevância na prática forense, conforme ensina Aguiar Dias, o que se verificará na constatação do nexo causal é a possibilidade ou não da aplicabilidade de medidas que poderiam evitar ou inibir o dano (2006, p. 935).

#### 1.4 - Responsabilidade Civil do Estado por Atos Lícitos

Existe discussão na doutrina quanto a possibilidade de se responsabilizar o Estado por atos lícitos, da mesma forma que se discute a existência ou não de omissões tidas como lícitas

ou ilícitas e suas implicações dentro da responsabilidade civil do Estado. O ato ilícito é o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direitos e causando prejuízo a outrem, sendo considerado fato jurídico em sentido amplo (Tartuce, 2014, p. 326). Flavio Tartuce relata que o abuso de direito é um ato lícito pelo conteúdo, apesar de ilícito pelas consequências, dividindo os atos ilícitos em puros e os devidos a consequência (2014, p. 329).

O professor Fernando Noronha, na tentativa de esclarecer a dúvida no entorno dos conceitos de ilicitude, antijuricidade e culpabilidade faz uso de um exemplo didático:

O ato de matar alguém é sempre ofensivo de direito alheio (o direito à vida), mas nem sempre será antijurídico e ilícito, mesmo que normalmente o seja. Se o ato for praticado por pessoa imputável e, por isso, passível de juízo de censura, em princípio será antijurídico e ilícito (e neste caso é mesmo tipificado como infração criminal). Se for praticado por pessoa inimputável, não deixará de ser antijurídico reprovado pelo direito, mas não será ilícito, porque lhe falta o elemento "culpabilidade"; permanecendo antijurídico, continuará gerando obrigação de indenizar, mas como fato jurídico. Mas matar alguém passará a ato lícito não só nos casos de guerra e de execução da pena de morte, como também (e aqui bem mais importante) na legítima defesa. Neste último caso, só se poderá falar em antijuridicidade quando acabar sendo morta terceira pessoa, mesmo que o agente não ultrapasse os limites da legítima defesa (Noronha, 2010, p. 389).

Maria Sylvia Di Pietro revela que para alguns doutrinadores o Estado só responde objetivamente se o dano decorrer de ato antijurídico, o que para ela deve ser entendido dentro de devidos termos. Para a autora o ato antijurídico, para fins de responsabilidade objetiva do Estado, é o ato lícito ou ilícito que causa um dano anormal e específico (2016, p. 797).

Para Celso Antônio Bandeira de Melo, os comportamentos lícitos geram dever de indenizar devido a aplicação do princípio da igualdade, pois não seria possível permitir que apenas alguns suportem sozinhos prejuízos decorrentes de atividades de interesse coletivo (2010, p. 1025). Assim como nos casos de riscos criados pelo próprio Poder Público, o autor entende que o fundamento da responsabilidade por atos lícitos é o estabelecimento de uma equânime repartição dos ônus provenientes do efeito lesivo, ideia fundamental para a estruturação de um Estado de Direito (2010, p. 1007).

Celso Antônio Bandeira de Mello divide a responsabilidade comissiva do Estado lesiva ao administrado, em 4 possibilidades. Os atos jurídicos lícitos (i), como no caso do fechamento legítimo e definitivo de região central da cidade para automóveis, gerando prejuízo aos donos de estacionamento. Os atos materiais lícitos (ii), tendo, por exemplo, os

nivelamentos de ruas e calçadas que vieram a causar alterações físicas e ambientais aos proprietários de estabelecimentos próximos. Os atos jurídicos ilícitos (iii), citando o apreendimento ou confisco injustificável de produtos e por fim os atos materiais ilícitos (iv), como o espancamento de um prisioneiro causando-lhe lesões permanentes. (2010, p 1012).

José Gomes Canotilho estabelece uma série de critérios para que os atos lícitos do Estado possam ser considerados para fins de responsabilidade civil, sendo eles: a) Que o ato seja formalmente legal; b) que o sacrifício resultante não seja uma simples limitação de direito subjetivo; c) O sacrifício gere uma ablação ou limitação substancial de um direito subjetivo perfeito, e não apenas uma ofensa a um interesse legítimo. d) O sacrifício devia ter sido imposto ao interesse público e não no interesse da pessoa titular do direito sacrificado (1974, p. 83). Em conclusão, Maria Sylvia afirma que ao contrário do direito privado, no direito administrativo a responsabilidade pode decorrer de atos ou comportamentos que embora lícitos causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade (2016, p. 719).

Ana Maria Pedreira revela que apesar de forte tendência na doutrina, existem autores que não admitem o ato lícito como gerador da obrigação de indenizar por parte do Estado, citando Aldo Bozzi como um exemplo e Marçal Justem Filho como outro exemplo, mas nesse caso que só admitiria em casos previstos especificamente em lei (2016, 108).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal o entendimento tem sido o da possibilidade responsabilização do Estado por atos lícitos. Ainda em 1992 o Ministro Carlos Velloso já sustentava a posição teórica na decisão do Recurso Especial 113.587:

A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devido a indenização que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais. (STF, RE 113.587 – SP, Rel. Min Carlos Velloso, Segunda Turma. DJ 18-2-1992)

Em outra oportunidade, o ministro Sepúlveda Pertence consolidou a posição elencar: "É da jurisprudência do Supremo Tribunal que, para a configuração da responsabilidade objetiva do Estado não é necessário que o ato praticado seja ilícito" (RE 456.302-AgR/RR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 16.3.2007). Destaca-se também o Recurso Especial

422.941, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso onde se condenou o Estado por intervenção na ordem economia através da fixação de preços que impediam a atuação do mercado:

CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO. INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º.

[...]

II - Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa (RE 422.941, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ de 24/03/2006).

Dessa forma, após uma breve análise quanto aos conceitos gerais da responsabilidade civil e suas características de acordo com a doutrina, é possível constatar certa divergência teórica em pontos específicos do instituto, principalmente no que tange a existência da responsabilidade em atos lícitos. Por outro lado, foi possível perceber que o entendimento do Supremo Tribunal Federal tem sido no sentido de responsabilizar o administrado pelos atos lícitos cometidos pelo Estado e que vierem a causar dano. Com esses conceitos delimitados e a partir desse entendimento é possível adentrar em um segundo ponto da responsabilidade estatal, agora não mais por atos comissivos mas por omissivos, conforme abordará no capítulo seguinte.



## Capítulo 2. A Responsabilidade Civil do Estado por Omissão

Após a demonstração conceitual da responsabilidade do Estado, demarcação de seus pressupostos ou elementos e breve explicação quanto às teorias aplicáveis ao instituto, assim como enquadramento das mesmas dentro do ordenamento brasileiro, pode-se partir para a discussão quanto aos efeitos da omissão do Estado.

Em um primeiro momento é preciso diferenciar e definir o conceito de omissão. Flavio Tartuce descreve que a conduta humana pode ser positiva, por meio de uma ação, ou negativa, por meio de uma omissão (2014, p. 443). Cavalieri Filho relata que não impedir significa deixar com que a causa opere, dessa forma o omitente coopera para a realização do ato através de uma postura negativa, ou deixando de agir ou impedindo que o resultado se concretize (2015, p 88).

Tartuce revela ainda que a regra é a conduta positiva, pois para a configuração da omissão é necessário que exista um dever jurídico de praticar determinado ato, assim como que se prove que o ato não foi praticado. Para além disso é preciso ainda que se demonstre que a conduta se praticada, evitaria a ocorrência do dano (2014, p. 338). A omissão adquire relevância jurídica, tornando o omitente responsável quando existe então esse "dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado", dever que pode originar da lei, negócio jurídico ou de conduta anterior que gerou risco para o prejudicado (Cavalieri Filho, 2015, p. 48).

A responsabilização por omissão do Estado deve ser então em função de um não funcionamento de um serviço, do funcionamento tardio, atrasado, lento ou ineficiente, evidenciando-se nos casos em que o Estado tinha a obrigação de agir de determinada maneira, contudo na prática a conduta não se desenvolveu em conformidade com essa obrigação (Pedreira, 2016, p. 108). Pode-se concluir então que nem toda conduta omissiva pode ser considerada como falha da prestação da atividade administrativa, pois é necessário o descumprimento de um dever legal, ou não ensejará responsabilidade estatal (Carvalho Filho, 2008, p. 508).

Carvalho Neto trata da responsabilidade civil oriunda da omissão pública a partir de um "Padrão de Comportamento Estatal". Para o autor, trata-se de uma faixa de rendimento ou efetividade do Poder Público, orientada esta pelos princípios da legalidade, moralidade e eficiência. Em continuidade ao raciocínio, o publicista relata que apesar do dever jurídico do Estado se originar da lei, a atividade estatal ainda deve ter respeito a princípios constitucionais e valores éticos, gerando assim a responsabilidade estatal mesmo nos casos em que não existe

um comando estatal específico, pois não estaria o Estado se comportando de acordo com a eficiência necessária a "Boa Administração" (Carvalho Neto, 2014, p.134).

Celso de Mello faz uma consideração fundamental para o entendimento do instituto ao esmiuçar a ideia por trás desse "padrão" que tipifica a atividade da administração. Para o autor não existe precisão de exatamente qual seria ou não seria esse padrão, levando a discussão para o meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultura, economia e conjuntura, sendo preciso buscar as possibilidades reais médias dentro do ambiente concreto que se enquadra a administração. Para isso o autor sugere então que se leve em conta para avaliar o procedimento e a conduta do Estado a expectativa comum da sociedade, a expectativa do próprio Estado manifestadas pela legislação e obrigações conhecidas, assim como outras condutas em situações análogas, afastando assim as meras aspirações existentes relacionadas ao caso prático (Bandeira de Mello, 2011, p. 1022).

A existência desse padrão e de regras para defini-lo servem para não tornar o Estado em "criatura onipresente e em pagador universal". É preciso um equilíbrio a partir de um balanço exegésico que considere o caso concreto, suas características, a capacidade do agente pagador e as necessidades dos administrados (Carvalho Neto, 2014, p. 141). Georghio Tomelin relata que ao exigir a transformação do Estado em um segurador universal em nada contribuiria para o desenvolvimento e melhoria da qualidade de vida da sociedade, pois para o autor as soluções para os problemas que afligem as camadas mais pobres da sociedade virão com atualização da técnica e investimento em pesquisa (1998, p. 141).

## 2.1 - Responsabilidades Civil por Omissão Ilícita

Superados os entendimentos quanto a possibilidade do Estado responder por atos lícitos e ilícitos, interessante se torna o questionamento de Tarcísio Carvalho Neto quanto as omissões. Para o autor é inquestionável o entendimento de que o Estado responde por ação e por omissão, assim como a lógica leva a constatação de que o mesmo responde por atos lícitos e ilícitos. A omissão ilícita de igual modo também parece razoável, mas por outro lado não tão simples é o entendimento quanto a omissão lícita. Se a lógica da omissão estatal é o descumprimento de um dever de agir estipulado em lei, quebrando assim o princípio da legalidade, a mesma justificativa não cabe então para a omissão lícita. Seria preciso para esse enquadramento ou um alargamento do conceito de legalidade, ampliando para hipóteses não previstas no ordenamento, ou buscar fora da legalidade um argumento específico para essa forma de conduta (2014, p. 75).

Assim como na discussão quanto a responsabilidade do Estado por atos comissivos lícitos ou ilícitos, a doutrina volta a se mostrar divergente quando a existência de responsabilidade nas omissões lícitas. Ana Maria Pedreira relata que, para alguns doutrinadores existe distinção entre responsabilidade por omissão lícita e responsabilidade por omissão ilícita. Para a autora não há que se falar em tal distinção, pois a mesma geraria uma discussão é inócua, pois seria perfeitamente possível que uma ação ou omissão lícita do Estado causasse prejuízo a outrem. O comportamento estatal não precisa ser necessariamente ilícito para que os pressupostos configuradores da responsabilidade sejam atendidos (2016, p. 108-109). Marco Aurélio Bezerra de Melo segue o mesmo entendimento, não diferenciando as possibilidades entre omissões lícitas e ilícitas (2015, p. 481)

Hewerstton Humenhuk ao invés de entrar nas diferenciações entre licitudes e ilicitudes, acredita que a solução deva se passar por uma análise a partir dos princípios que norteiam a Administração Pública, em principal o da proporcionalidade. Assim para se constatar a existência ou não de uma omissão indenizável seria preciso realizar uma avaliação entre as funções constitucionais do Estado e através da aplicação do instituto da reserva do possível, afastar ou não a possibilidade da prestação do serviço tido como adequada pelo administrado (2016, p. 107-108)

Adotando posição diferente, Bandeira de Mello ressalta que se o Estado não agiu não pode ser ele o autor do dano, logo só caberia responsabiliza-lo se fosse obrigado a impedir o dano, não sendo plausível culpar o Estado se o mesmo não descumpriu obrigação de evitar um dano que não criou. A responsabilidade estatal por ato omissivo só poderia então ser ilícita, não ocorrendo em casos de licitude (2010, p. 997). Maria Helena Diniz ao defender a necessidade de dever jurídico tutelado para a responsabilização nos casos de omissão se posiciona no sentido de seguir os ensinamentos do autor (2009, p. 653).

Em pensamento continuo, Celso Antonio Bandeira de Mello disserta que por acreditar que não existe conduta ilícita do Estado que não provenha de dolo ou culpa, a responsabilidade civil do Estado por omissão seria então exceção a teoria do risco, sendo subjetiva, entrando assunto delicado para a doutrina nacional (2010, p. 997).

## 2.2 - A Divergência Doutrinária Quanto a Teoria da Responsabilidade Aplicável

Como anteriormente exposto, a Constituição Federal de 1988 dedicou o seu artigo 37, parágrafo 6º para positivar a teoria do risco como regra do ordenamento brasileiro no que cabe a responsabilidade civil do Estado. Ocorre que conforme Maria Helena Diniz alerta, uma leitura simples e desprovida de pré-conceitos não permite a conclusão de que o artigo impõe

tanto aos atos comissivos como omissivos a aplicação da teoria do risco (2009, p. 627-628), permitindo o surgimento de extensa divergência doutrinária quando a essa aplicação. Para efeitos didáticos foram divididas as divergências sobre o tema em três grupos distintos, um primeiro que defende a responsabilidade subjetiva do Estado por omissão, um segundo que argumenta em prol da responsabilidade objetiva e uma terceira linha, capitaneada por Marçal Justen Filho, que parte da análise da antijuridicidade.

Em destaque na defesa de uma responsabilidade do Estado subjetiva nos casos de omissão, pode-se destacar o professor Celso Antonio Bandeira de Mello. Como relatado no tópico anterior, para o autor somente é possível a responsabilização do Estado por omissões ilícitas, sendo necessariamente estas subjetivas, pois não existiria conduta ilícita do Estado que não é decorrente de dolo ou culpa. Não bastaria então para gerar responsabilidade estatal a simples relação entre ausência de serviço e o dano sofrido (2011, p. 1012-1013). Para o autor seria um "verdadeiro absurdo" imputar ao Estado a responsabilidade por um dano que não causou nem deveria ter evitado, pois isso restaria por extraí-la do nada. Seria preciso algo mais, sendo a culpa *lato sensu* então sim o instrumento ensejador do dano, configurando a falta de atuação do estado segundo certo padrão de eficiência (2011, p. 1013).

Maria Helena Diniz afirma que o art. 37 parágrafo 6º da Constituição reporta-se apenas a comportamentos comissivos do Estado, pois só uma atuação positiva pode gerar, causar, produzir um efeito. Assim a aplicação da teoria do risco estaria restrita apenas a comissão (2009, p. 646). Concordando com a linha sugerida por Bandeira de Melo a civilista aponta que aplicada a teoria subjetiva caberia então ao lesado provar as alegadas faltas adiante de um dever jurídico de atuar, levando o debate para o campo do comportamento culposos da administração (2009, p. 652-653). Maria Sylvia Di Pietro ao adotar a responsabilidade subjetiva do Estado em casos de omissão cita como outros autores que seguem a linha, além de Celso de Mello, Álvaro Lazarini, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Cretella Junior e Yussef Said Cahali (2016, p. 801).

Discordando da ideia de que o artigo 37 excluiria os atos omissivos da aplicação da teoria do risco, Ana Maria Pedreira ressalta que o dispositivo não fez diferenciação entre ambos os institutos, sendo a regra aplicável a ambos (2016, p. 116), sendo inclusive seguido posteriormente pelo artigo 43 do Código Civil de 2002. Para a autora não existe distinção apesar das divergências doutrinárias e jurisprudenciais, pois não se poderia negar a responsabilidade do Estado deve ser entendida como a obrigação de evitar, ressarcir, reparar ou recompor o patrimônio lesado, não fazendo sentido em separar os critérios de ação ou omissão (2016, p. 113).

Para Monica Nicida Garcia não existe argumentação fática para a aplicação da teoria subjetiva através da invocação da *faute du service* francesa. Em análise de direito comparado, a França apesar de aceitar abertamente a responsabilidade objetiva não tem a mesma positivada constitucionalmente, sendo esta reconhecida caso a caso dentro da legislação. Dessa forma lá a aplicação da culpa do serviço é regra sendo consequência da não positividade da teoria objetiva, assim a exportação da teoria para o Brasil nos casos de omissão não é cabível, pois já existe positividade constitucional que assume como regra a teoria do risco (2007, p. 190). Segundo Ana Maria Pedreira assumem a teoria objetiva Hely Lopes Meireles, Mario Masagão, Onofre Mendes Junior, Edmir Netto de Araujo e curiosamente Álvaro Lazzarini (2016, p. 113), citado por Maria Sylvia Di Pietro como defensor da teoria oposta (2016, p. 801).

Concordando com a previsão da teoria do risco e da responsabilidade objetiva também nos atos omissivos por força do artigo 37, Cavalieri Filho apresenta uma forma diferenciada do pensamento defendido por Ana Maria Pedreira, dividindo as omissões em duas categorias, as omissões genéricas e as omissões específicas. Para o autor ocorrerá omissão específica quando o Estado estiver agindo na condição de garante/guardião e por omissão acaba criando situação que leva a ocorrência do evento sendo que tinha a obrigação de impedir o resultado. Por outro lado, a omissão genérica ocorre quando a administração tem apenas o dever legal de agir, como nos casos de poder de polícia ou fiscalização, sendo que sua omissão apenas concorre para o resultado (2015, p. 266-269). Assim o autor considera que caso o Estado esteja obrigado a agir de determinada forma, ocorrerá omissão específica, gerando responsabilidade objetiva. Por outro lado, quando ocorre omissão genérica com a concorrência ao resultado, a responsabilidade será subjetiva (2012, p. 266-269). Pensamento semelhante é usado por Carvalho Neto, mas dividindo as omissões de acordo com a proximidade com o padrão mínimo esperado (2014, p. 125-126).

Surgindo como uma terceira corrente, Marçal Justem Filho, apesar de reconhecer que a maioria da doutrina discorda de seu ponto de vista, defende uma análise a partir da ideia de ações ou omissões antijurídicas, não acreditando na existência de responsabilidade por atos lícitos em regra, excetuando os casos em que houver expressa previsão em lei (2015, p. 1389). Para o autor a adoção de uma teoria objetiva causalista é insuficiente para fundamentar a responsabilidade civil do Estado, tornando inevitável o surgimento de duas teorias dentro do mesmo instituto, uma para omissão e outra para comissão, sendo mais viável a aplicação de uma ideia de objetivação da culpa (2015, p. 1395-1396). Assim o agente público possui competências que geram deveres objetivos, quando o Estado infringir esses deveres dando

oportunidade para o dano, estão presentes os elementos necessários para reprobabilidade da conduta (2015, p. 1936).

Para Justen Filho então não é preciso uma investigação quanto a existência de uma vontade psíquica no sentido de ação ou omissão causadora do dano, a omissão da conduta necessária e adequada se materializa de uma vontade desenvolvida defeituosamente, ainda existindo então um elemento subjetivo, que consiste justamente nessa vontade (2015, p. 1938). Divide então o autor a omissão em dois grandes grupos, existindo casos em que a norma prevê um dever de atuação, sendo sua omissão infração direta de dever jurídico (Ilícitos Omissivos Próprios) e casos em que a norma proscree certo resultado danoso que vem a se consumir devido a ausência de adoção das cautelas necessárias (Ilícito Comissivo Impróprio) (2015, p. 1943). Nos casos de omissão ilícita própria, o tratamento jurídico seria idêntico ao dos atos comissivos, porem nos casos de omissão ilícita imprópria, é preciso infração a um dever de diligencia sem conteúdo exato, gerando omissão juridicamente reprovável (2015, p. 1406).

Hewersstton Humenhuk ainda ressalta a possibilidade das aplicações específicas devido a positivação da responsabilidade objetiva como regra para o caso concreto, ou seja, determinação legal da adoção da teoria (2016, p. 105). Exemplo se extrai dos casos de danos causados falta de manutenção das vias urbanas, com previsão no Código de Transito Brasileiro:

Art. 1º § 3º - Os órgãos e entidades componentes do Sistema Nacional de Trânsito respondem, no âmbito das respectivas competências, **objetivamente**, por danos causados aos cidadãos em virtude de **ação, omissão ou erro** na execução e manutenção de programas, projetos e serviços que garantam o exercício do direito do trânsito seguro.

Nota-se então que a doutrina se encontra dividida quanto a teoria aplicável a responsabilidade do Estado por omissão, estando a corrente majoritária filiada a aplicabilidade da teoria do risco (Morosini, 2016, p. 100). A divergência se mantém na jurisprudência, existindo tendências de aplicação para casos específicos, diferentes escolhas dentro da mesma corte e posicionamento indefinido do STF, conforme se verá adiante.

### 2.3 - O entendimento dos Tribunais Superiores quanto a Responsabilidade Omissiva do Estado

Existe certa unanimidade na doutrina e na jurisprudência atual quanto a responsabilidade objetiva do estado por atos comissivos, realidade que como visto anteriormente, não procede para os atos omissivos dentro doutrina nacional (Humenhul, 2016, p. 99). Apesar de existir uma tendência nos tribunais brasileiros para a aplicação da teoria objetiva, os tribunais superiores permanecem vacilantes, tornando a questão altamente controvertida e carecendo de uniformidade pelo Supremo Tribunal Federal (Pedreira, 2016, p. 123). Segundo Marco Aurélio Morosini, ao analisar as decisões do STF percebe-se que existem nas cortes superiores julgados que advogam pela indiferença entre a aplicabilidade de uma ou outra teoria, julgados que acabam por misturar ambos os institutos da responsabilidade civil ou que tomam uma ou outra teoria como predominante na corte (2016, P. 202).

No autos do processo AI nº 600.652/PR-AgR, colhido na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator Joaquim Barbosa ao analisar caso de proprietário que sofreu danos devido a demora das autoridades policiais em cumprir a ordem judicial de reintegração de posse, fundamentou seu voto no entendimento de que:

A qualificação do tipo de responsabilidade imputável ao Estado, se objetiva ou subjetiva, constitui circunstâncias de menor relevo quando as instâncias originárias demonstram, com base no acervo probatório, que a inoperância estatal injustificada foi condição decisiva para a produção do resultado danoso (AI nº 600.652/PR-AgR., Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 24-10-11)

No início da década de 90 surgiram julgados que apesar de aparentemente optarem por uma das teorias em seus acórdãos, ao se analisar os votos e o relatório se percebia uma aproximação com a teoria oposta, como exemplificado pelos Recursos Extraordinários 180.602-8/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (Recurso Extraordinário 180.602 – SP. Rel. Ministro Marco Aurélio, 2ª Turma. Brasília, DF, 15-12-1998) e 179.147/SP, por sua vez relatado pelo Ministro Carlos Velloso (RE 179.147/SP, Segunda Turma, Rel. Min Carlos Velloso, DJ de 27.02.98, p. 18. 5).

A doutrina ao analisar as escolhas dos ministros do Supremo Tribunal Federal tem encontrado dificuldade em determinar qual seria linha majoritária presente na corte,

afirmando alguns autores de que a tese adotada é a da responsabilidade subjetiva, podendo ser citados Humenhul (2016, p. 101-102), Scatolino e Trindade (2015, p. 882) e Marçal Justen Filho (2014, p. 1402), ou por outro lado entendendo que a corte adotou majoritariamente a teoria objetiva, sendo exemplos Marco Aurélio Bezerra de Melo (2015, p. 490) e Ana Maria Pedreira (2016, 137). Em parte essas divergências podem ser atribuídas a escassez de pesquisas quantitativas envolvendo julgados da corte, não permitindo assim análises por parte da doutrina de forma objetiva, surgindo as citadas discrepâncias.

Dentro dessa realidade, pesquisas como a de Helena Elias Pinto ganham contorno de alta relevância para o entendimento do comportamento da suprema corte no assunto. Em seu livro *Responsabilidade Civil do Estado por Omissão na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal* a autora analisou todos os julgados envolvendo o tema entre 1946, ano em que se positivou a responsabilidade objetiva do Estado, e 2006, sendo durante o período ao todo 62 casos analisados pelo STF envolvendo a omissão estatal na prestação de serviço público. Segundo os dados da pesquisadora, entre 1946 e 1967 foram julgados pelo STF 12 acórdãos, dentre eles, em 11 foram aplicados a teoria subjetiva e 1 não apresenta teoria definida. Entre 1967 e 1988 foram julgados 11 acórdãos, sendo que em 10 foram aplicados a teoria subjetiva e novamente no restante não se encontrou posicionamento claro da teoria utilizada. Por fim, entre 1988 e 2006, foram 39 acórdãos, onde 16 encontraram embasamento na teoria objetiva, 10 na teoria subjetiva e 13 com embasamento múltiplo ou indefinido (2008, p. 62-63)

Apesar dos dados de Helena Helias Pinto estarem desatualizados em aproximadamente 10 anos, uma análise dos resultados encontrados permite a realização de algumas considerações. Existe um crescimento significativo da adoção da teoria objetiva nos casos de omissão após a promulgação da constituição de 1988, tornando-se inclusive a teoria majoritária dentro do último marco temporal estudado. Mesmo assim durante esse intervalo a teoria subjetiva continuou sendo adotada em escala considerável, além da existência de julgados que não fazem escolha entre nenhuma das duas tendências. Conclui-se que apesar da predominância da teoria objetiva na história recente da corte, não se pode definir uma corrente como dominante no STF, permanecendo questão não pacificada na corte.

No sentido de uniformizar a questão, o Supremo Tribunal Federal aprovou proposta feita pelo Ministro Gilmar Mendes em debater em sede de repercussão geral a responsabilidade objetiva do Estado por omissão. No Recurso Extraordinário 136.861/SP se discute se a cidade de São Paulo foi ou não omissa em fiscalizar a comercialização ilegal de



fogos de artifício em uma região residencial, fato que ensejou uma explosão que causou danos as propriedades vizinhas. Nos autos do processo o ministro escreve:

A matéria, para mim, parece que é realmente de grande relevância porque, de fato, o que se discute aqui é se teria havido omissão municipal - um município gigante como São Paulo - porque houve o pedido, mas enquanto isso não havia a possibilidade de que o requerente instalasse uma loja ou qualquer atividade concernente a fotos de artifício. [...] Na espécie, verifica-se que a questão constitucional tratada - responsabilidade objetiva pela omissão em fiscalizar atividade não autorizada pela municipalidade - tem notória importância na responsabilidade civil do Estado e necessita sem pacificada pelo Plenário da Casa." (STF, Ag no RE 136.861/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa, 2ª Turma. Brasília, DF, 01/02/2011)

Apesar da demonstrada divisão entre as decisões do STF, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, apesar de não unanime, a linha escolhida segue uma uniformidade maior, adotando na maioria dos casos a responsabilidade subjetiva nos casos de responsabilidade civil por omissão do Estado (Humenhul, 2016, p. 102). A doutrina ao analisar os julgados da corte também tem sido convergente ao apontar essa tendência, podendo se citar Marco Aurélio Morosini (2016, p. 103), Carvalho Neto (2015, p.112), Scatolino Trindade (2016, p.881-882), Marçal Justem Filho (2014, p.1404-1405).

Nesse sentido o tribunal coleciona diversas decisões interessantes relativas a responsabilidade subjetiva por omissão do Estado. No Recurso Especial 721.439/RJ ocorre a condenação pela falta de retirada de entulho que caiu na pista (RE 721439 RJ 2005/0017059-9, Segunda Turma, Ministra Eliana Calmon, DJ 31/08/2007 p. 221). A mesma ministra, em 2009, nos autos do REsp 602.102/RS, ao avaliar a morte de portador de doença mental internado em hospital psiquiátrico também adota a linha da teoria subjetiva, inclusive escrevendo que não pode o Estado se portar como "segurador universal" com base no Artigo 37 da Constituição Federal (RE 602.102/RS, Min. Eliana Calmon; Segunda Turma, DJ 21.02.2005).

O Ministro Humberto Martins, em 2013, ao avaliar o Agravo Regimental no Recurso Especial 243.494/PR condenou o Estado pelo tempo que um servidor público trabalhou além da sua aposentadoria devido a análise morosa de seu pedido administrativo por parte do órgão competente (STJ - AgRg no AREsp: 243494 PR 2012/0217872-6, Rel. Min Humberto Martins, Segunda Turma, DJ: 05/02/2013.). O mesmo ministro ainda em 2002, avaliou

também, através do uso da responsabilidade subjetiva, o REsp 471.606/SP onde se debatia indenização por parte da família devido ao assassinato de policial civil morto em emboscada enquanto realizada a transferência de detento (STJ - REsp: 471606 SP 2002/0126380-3, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 02-08-2007).

No REsp 637.246 julgado em 2006, o Ministro relator João Otávio Noronha, seguindo a linha dos julgados anterior, analisa a responsabilidade da Universidade Federal do Ceará em face da acidente envolvendo um aluno de odontologia e uma broca defeituosa utilizada no laboratório e que lhe teria causado danos ao olho esquerdo (STJ - REsp: 637246 CE 2003/0234104-8, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ: 28-03-2006). O ministro Frâncico Falcão condenou em 2009 no REsp 819.789/RS uma escola pública que liberou uma aluna no último período das aulas para ir para casa sem autorização dos pais, sendo a menor molestada no caminho de volta em terreno vizinho a instituição. O ministro ressaltou nos autos: "Houve falha do serviço, omitindo-se o Estado na prestação do compromisso de velar por seus alunos, deixando de diligenciar com a necessária cautela que se lhe exige [...]" (REsp. 819.789 – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão – j. 25.04.2006 – DJ 25.05.2006).

Apesar dessa tendência, Marco Aurélio Morosini destaca duas exceções a responsabilização subjetiva do Estado por omissão no STJ. A primeira seria relativa a existência de uma previsão legal específica que ensejaria na responsabilidade objetiva, e a segunda quando as circunstâncias fáticas implicarem um dever estatal mais rigoroso, que vincule de forma mais direta a conduta omissiva ao Estado (2016, p. 202).

Nesse sentido o Ministro Herman Benjamin condenou, em 2011, no REsp 1236863 o Estado pela contaminação de agente público por DDT (diclorodifeniltricloroetano), devido a falta de equipamento que deveria ser fornecido pela Fundação Nacional de Saúde, utilizando a teoria da responsabilidade objetiva (REsp 1236863/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 12/04/2011, DJe 27/02/2012). Destacam-se também os REsp 604.725/PR, de relatoria do Ministro Castro Meira em 2005, onde se condena o Estado do Paraná devido falha de fiscalização ambiental e ao REsp 768.574 de 2007, relatado pelo mesmo ministro, onde é reconhecida a condenação devido a contaminação de HIV devido a transfusão de sangue durante intervenção cirúrgica (Recurso Especial Nº 1.479.358 - PE (20140226874-6) Ministro Og Fernandes).

Dessa forma percebe-se que quanto a omissão tanto a doutrina como os tribunais superiores encontram divergências, principalmente no que toca a teoria da responsabilidade aplicável, tendo uma corrente defensora da tese objetiva, outra da subjetiva e até mesmo uma

terceira partindo da análise da antijuridicidade. Surge também uma divergência quanto as condutas omissivas lícitas e ilícitas, existindo autores que defendem a irresponsabilidade nos casos de condutas omissivas lícitas e quem trabalhe com a indiferença entre ambas. Apesar disso parece consenso entre a doutrina e os julgados pesquisados que foi vencida a tese da impossibilidade de responsabilização do Estado nos casos de conduta omissiva, estando ambos sintonizados no sentido da permissibilidade de indenização. A divergência ressurgue quando se passa a analisar essa mesma responsabilidade fora dos atos do Poder Executivo, nos atos do Poder Judiciário e Legislativo, tema abordado no próximo capítulo.

### **Capítulo 3. Responsabilidade Civil por Atividades do Poder Legislativo e Judiciário**

Como visto nos capítulos anteriores, a doutrina e a jurisprudência apontam um avanço no sentido da responsabilização do Estado, tendo sido demonstrada a ampla aceitação da obrigação de indenizar tanto nos casos de omissão e comissão, quanto de atos lícitos e ilícitos promovidos pela administração e seus agentes frente aos administrados.

Odete Medauar aponta que no momento em que o Estado amplia suas atividades promovendo novas ações e se comprometendo com serviços que antes não exercia, tanto no setor econômico como social, naturalmente isso gera uma proporcional amplitude nas suas obrigações e por decorrência também dos seus casos de responsabilidade (2011, p. 395). Os fundamentos que conduzem à responsabilização do Estado pelas suas atividades tidas como administrativas, poderiam ser plenamente aplicáveis ao âmbito de outras atividades, como as jurisdicionais, legislativas ou de controle externo (Justen Filho, 2015, p.1413). Para Marçal Justen Filho o dever de diligência que norteia a atividade administrativa do Estado também existe no desempenho das suas competências legislativas e jurisdicionais. O autor defende que em qualquer uma das suas funções, o Estado não poderá infringir esse dever de diligência, pois caso isso venha gerar uma lesão material ou moral surgirá o dever de indenizar (2015, p. 1414).

Nesse sentido o próximo capítulo retoma a discussão sobre a temática da responsabilidade do Estado por omissão, agora focando nas suas funções externas à atividade administrativa, trabalhando com a ideia da conduta omissiva na prestação jurisdicional e na omissão legislativa constitucional.

#### **3.1 - Responsabilidade Civil do Estado pela Atividade Judiciária**

De acordo com o exposto no primeiro capítulo, o instituto da responsabilidade civil do Estado passou por um período de negação, predominando a teoria da irresponsabilidade estatal no ordenamento e jurisprudência. Essa colocação é importante para entender a responsabilidade dos poderes legislativos e judiciários que da mesma forma também sofrem resistência para ter reconhecido seu dever de indenizar. Dito isso, o capítulo a seguir passa a abordar primeiramente o entendimento quanto à responsabilidade do Poder Judiciário como um todo, revisando assim a temática geral e partindo para o ponto central e objeto da pesquisa, a responsabilidade omissiva desse Poder.

Maria Sylvia Di Pietro revela que as garantias que cercam a magistratura dentro do ordenamento brasileiro surgiram para assegurar a independência do Poder Judiciário, mas em benefício desse poder geraram uma falsa ideia de intangibilidade, inacessibilidade e infantibilidade do magistrado, algo que não é reconhecido, segundo a autora, para os demais agentes públicos (2016, p. 809). Essa irresponsabilidade pelos danos causados pelos atos judiciais constitui o último reduto da responsabilidade civil do Estado (Cahali, 2012, p. 953), gerando um efeito tido como injusto a aqueles que procuram o Poder Judiciário em busca de justiça (Di Pietro, 2016, p. 809-810).

A doutrina elenca para justificar a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais, ressalvadas as hipóteses descritas expressamente em lei, a i) soberania do Poder Judiciário, a ii) independência dos juízes por seus atos e a sua falibilidade ao tomar suas decisões além da iii) incontestabilidade da coisa julgada (Morosini, 2016, p. 11). Gustavo Scatolino e João Trindade ainda elencam a possibilidade da interposição de recursos como argumento invocado para defender a irresponsabilidade, mas os próprios autores afastam a hipótese de imediato, pois não necessariamente o recurso impediria a consolidação do dano (2016, p. 884).

Maria Helena Diniz afirma que a tese da irresponsabilidade do Poder Judiciário vem perdendo terreno aos poucos, tanto pelo princípio da igualdade dos encargos sociais, mas também porque os argumentos acima elencados não seriam convincentes (2009, p. 659). A autora destaca que a ideia de soberania não pode ser invocada a um dos poderes, pois seria um termo reconhecido a nação, país e ente completo, composto por todos os 3 poderes, e não de forma isolada a cada um (2009, p. 660). Nesse sentido a invocação da soberania surge para proteger apenas uma parte do Estado, ignorando que apesar de cada uma ser independente, máximo e seus órgãos autônomos, são todos submetidos e obedientes a lei, não podendo se considerar que o judiciário teria recebido uma parcela superior de soberania em relação ao executivo e ao legislativo (Morosini, 2016, p. 112).

O argumento da independência do magistrado também é rechaçado pela doutrina, a começar pelo fato de que a responsabilidade é do Estado e não do juiz. Mesmo que se aceitasse a ideia de que o juiz é inimputável pelos seus atos como agente (Posição discutida na academia), ainda assim isso não justificaria a irresponsabilidade estatal (Diniz, 2009, p. 659). Diniz também aponta que a coisa julgada não apresenta impedimento para a responsabilização, pois não constituiria um valor absoluto quando comparável a ideia de justiça, sendo a última que precisaria prevalecer. Se a intenção do instituto é a segurança

jurídica, por obvio que quando se apresentar erro ou abalo ao direito a restauração e reparação serão as saídas mais próximas desse objetivo (2009, p. 663).

Vonei Ivo Carlin ao realizar uma análise de direito comparado quanto ao tema, defende que o Conselho de Estado Frances teria acabado com um dos últimos casos de irresponsabilidade do Poder Público. Em decorrência de três processos julgados em 29 de dezembro de 1978 (Darmont, Andreani e Puech), o Comissário de Estado Frances apresentou 3 hipóteses em que poderia vir a se debater a responsabilidade em decorrência da atividade do Poder Judiciário, sendo eles a decisão posteriormente anulada ou reformada, o julgamento por parte de autoridade não competente e os casos em que o prejuízo resulte de atraso excessivo da apreciação judicial (2007, p. 407). Em consequência ao julgamento dos três processos, a alta jurisdição francesa se viu obrigada a reexaminar a questão da responsabilidade do judiciário, percebendo a fragilidade dos argumentos e se encaminhando para a defesa da possibilidade de reparação (2007, p. 415).

Parte da doutrina defende que no Brasil existe previsão específica para apenas duas hipóteses de responsabilização do Estado decorrente de atos do Poder Judiciário. A responsabilidade por erro judiciário penal, art. 5º, LXXV, da Constituição Federal de 88 também prevista no art. 630 do Código de Processo Penal, além da previsão da responsabilidade pessoal do juiz, presente no art. 133 do CPC, também presente no Art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura (2014, p. 81). Acontece que a leitura do art. 5º, LXXV não possibilita apenas essa interpretação, pois em sua íntegra dispõe que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença". Gerando divergências quanto a restrição do dispositivo a responsabilidade por erro penal, ou se existe uma abrangência maior no artigo.

Thiago Marrara e Paulo Henrique Macera argumentam que o art. 5º, LXXV possui dupla conotação, a primeira expressando a responsabilização genérica por erro, e a segunda especificada e restrita a prisão além do tempo. Para os autores não existe restrição ao tipo de processo como parte da doutrina induz, não estando expresso que o dispositivo cabe apenas ao processo penal. A parte genérica da norma estaria aberta para regulamentações das normas infraconstitucionais e aos doutrinadores, que definiriam o conceito de erro e as hipóteses indenizáveis. Ambos ainda asseveram que a interpretação restritiva a apenas o processo penal careceria de fundamento interpretativo literal lógico e sistemático (2015, p. 140- 141)

Thiago Marrara e Paulo Henrique Macera explicam que a falta de conceituação do erro judiciário acarreta em um problema, pois não é pacífico para a doutrina qual o significado da expressão (2015, p. 145-146), descrevendo que Giovanni Ettore Nanni (1999, p. 122) entende

o erro judiciário como o oriundo do poder judiciário e que é cometido ao longo de um processo. Arnor Lima Neto (2002, p. 58) parte para a metodologia da exemplificação para a explicação do conceito, elencando o erro no enquadramento dos fatos ao direito; erro na apreciação dos fatos; e erro na utilização de normas legais. Por outro lado, Paulo Queiroz Macedo (1981, p. 240-243) prefere distinção diferente, dividindo em i) equívocos graves na apreciação do direito e das provas; ii) decisões contra súmulas vinculantes; iii) decisão contra texto expresso em lei, salvo quando alegado inconstitucionalidade; e iv) deferimento de tutela sem averiguação do *fumus bonis iuris*.

Marrara e Macera ainda relatam que dúvidas doutrinárias ainda existem quanto ao período e a limitação em que poderia surgir o erro (2015, p. 146). Citam Lílian de Castro Peixoto (2001, p. 161) como defensora a restrição apenas ao período da sentença e Joel Dias Figueira Junior como defensor da possibilidade em 3 fases, a instrutória (ou cognitiva), decisória ou executiva, levando esse autor a defender 4 hipóteses de responsabilidade por erro judiciário:

a) Por ato ilícito omissivo ou comissivo; b) recusa, omissão ou retardamento de providências que o juiz deva tomar de ofício ou a requerimento da parte, sem justo motivo (culpa grave); c) disfunção da administração pública (deficiência no funcionamento da máquina judiciária); d) erro no oferecimento da tutela jurisdicional (erro judiciário ou erro *scripto sensu*) (1995, p. 51).

Em conclusão, Thiago Marrara e Paulo Henrique Macera afirmam que as diferentes posições e pensamentos confirmam a dificuldade em se estabelecer com precisão o conceito de erro judiciário, existindo interpretações extensivas e restritivas. Acontece que essa dificuldade, para ele, não deve ser impedimento para a aplicabilidade imediata do instituto, argumentando que sempre que houver falha danosa e inescusável por parte do juiz na condução do processo, independente do setor da justiça em questão (trabalhista, civil, judiciário, etc...) e irrelevante do estágio do processo, o artigo 5º LXXV deve ser aplicado e gerar a responsabilidade do Estado (2015, p. 152-153).

A relevância da discussão se encontra justamente por ser um dispositivo positivado constitucionalmente. No momento que a Constituição Federal reconhece a possibilidade de responsabilização do judiciário por comissão ou omissão, o argumento da irresponsabilidade perde força, movendo a discussão para que momentos sejam cabíveis ou não a

responsabilização. Como demonstrado, o entendimento da interpretação genérica leva a ideia de positivação não apenas da responsabilidade comissiva, mas também da omissiva, tema da pesquisa.

Defensor da interpretação restritiva do art. 5º, LXXV ao erro judiciário em processo penal, Tarcisio Carvalho Neto escreve que a realidade hoje é pela crescente aceitação dessa responsabilidade, inclusive não apenas na doutrina, mas também na esfera jurisprudencial. Isso se deve ao fato de que o dogma do Estado de Direito Moderno não se coaduna com "ilhas estatais" imunes a responsabilização (2014, p. 81).

Tendo em vista que ao Poder Legislativo cabe a edição de leis e elaboração do direito positivo, ao Executivo sua execução e ao judiciário a sua aplicação nos casos concretos, agindo de forma a tutelar os conflitos, a função típica desse poder é então a função jurisdicional (Morosini, 2016, p. 107), sendo a jurisdição essa atribuição que o Judiciário tem de dizer o direito quando for provocado a se manifestar. O que resta saber é em que hipóteses o exercício desse dever pode trazer implicações de ordem patrimonial ao Estado (Morosini, 2016, p. 110).

Marco Aurélio Bezerra de Melo disserta que não existem dúvidas quanto à dificuldade de se estabelecer critério seguro para essa modalidade de responsabilidade estatal, mas que isso não pode se levantar como obstáculo intransponível. Para o autor aos poucos a doutrina e a jurisprudência vêm aceitando a possibilidade, se baseando principalmente do fundamento da isonomia e na socialização dos riscos que a administração impõe aos seus cidadãos. Contrariar isso seria defender a permanência de um modelo antagônico ao Estado de Direito, pois aceitaria a irresponsabilidade estatal, herança do absolutismo (2015, p. 484).

Além da discussão quanto a definição do erro judiciário, uma parte da doutrina como forma de se estabelecer um critério para essa responsabilização e embasar a possibilidade do Poder Judiciário responder pelos danos causados por seus atos, divide as atividades em dois grupos, os atos judiciais e os atos jurisdicionais (Morosini. 2016, p. 111). Os atos decorrentes da atividade judicial não possuem caráter decisório, constituiriam basicamente as ordens e determinações para o andamento dos processos e da justiça, sua característica é de ato administrativo. Por outro lado, o exercício das atividades jurisdicionais seriam os atos decorrentes do ato de julgar, sentenças, acórdãos e liminares por exemplo, a materialização da atuação finalística dos órgãos do poder judiciário (Carvalho Neto, 2014, p. 79).

Assim segundo esse critério seria a atividade judicial um gênero, em que se dividiriam duas espécies: a atividade contenciosa, que é a atividade jurisdicional, função típica e atividade fim do Poder Judiciário e a de natureza voluntária (Não contenciosa), atividade



meio, os atos judiciais *estricto sensu* (Pedreira, 2016, p. 150). Thiago Marrara e Paulo Henrique Macera ainda ressaltam a possibilidade de se incluírem na classificação os atos normativos, que o restante da doutrina coloca dentro das atribuições atípicas do judiciário (2015, p. 139).

Sobre os danos causados pela atividade judiciária (administrativa), Cavalheri Filho destaca que por força do artigo 37, § 6º, caberia ampla responsabilização do Estado, pois trataria de atividade administrativa realizada pelo Poder Judiciário (2015, p. 296). De forma convergente, Maria Silvia Di Pietro escreve que não há óbice quanto a responsabilização dos atos atípicos do Poder Judiciário, pois deve se entendê-los como atos administrativos. Porém, indo mais longe, a autora também defende que não poderia existir dificuldade em se responsabilizar nos casos de atos jurisdicionais, apesar de que nessa hipótese a doutrina tende a ser mais tímida (2016, p. 807).

Marco Aurélio Morosini defende que hoje na teoria não existiriam obstáculos para se reconhecer a atividade judicial como ensejadora de responsabilidade do Estado, elencando como os principais casos de atividades danosas trazidas pela doutrina o erro judiciário, a prisão além do tempo e a demora na prestação judicial (2016, p. 139), sendo esse último o objeto de análise seguinte do respectivo tópico.

### 3.1.1 - A Responsabilidade Civil do Estado pela Omissão da Atividade Judiciária

Nas páginas anteriores foi demonstrada profunda divergência entre os casos de aceitação da responsabilidade civil do Poder Judiciário, apesar da evolução doutrinária no sentido de vencer a teoria da irresponsabilidade completa que circundava o tema. Quanto a responsabilidade referente especificamente a omissão, é possível enquadrar a mesma dentro das possibilidades expressas nos 5 posicionamentos doutrinários distintos citados anteriormente, sendo eles: A defesa da inexistência de responsabilização por entender incabível o instituto nos atos do poder judiciário; a irresponsabilidade devido a ausência de previsão legal; a responsabilização devido ao fato da omissão constituir erro judiciário previsto no art. 5 LXXV da Constituição; a responsabilização por se tratar de ato administrativo e atípico do poder judiciário e; a responsabilização por não haver impedimento ou diferenciação entre os atos emitidos pelos poderes.

Acontece que ao se trabalhar a omissão é preciso estabelecer uma relação entre os institutos da responsabilidade civil, descritos no primeiro capítulo desse trabalho, e o conceito de celeridade processual. Conforme visto, Cavalieri Filho define a omissão como uma postura negativa, a ausência de uma ação, que acaba por gerar um impedimento para que o resultado

se concretize (2015, p. 88). Assim na omissão do Poder Judiciário o embate volta-se para uma questão temporal, focando na velocidade com que o judiciário veio a prestar sua função jurisdicional e seus atos, sendo preciso entender a realidade das durações dos processos e a morosidade perante a demanda natural em que se encontra o poder atualmente.

Alexandre Freitas Câmara trabalha a ideia de duração razoável do processo, relatando que de um tempo para cá o Conselho Nacional de Justiça vem promovendo algumas práticas destinadas a promover um desenvolvimento processual mais rápido, mesmo que para isso certas vezes impliquem no desrespeito às garantias do processo. O autor cita como metas instituídas pelo CNJ por exemplo a de julgar mais processos que os distribuídos durante o ano de 2013 e para além disso, julgar até o fim do ano 80% dos processos distribuídos a mais de cinco anos no STJ e 50% dos distribuídos a mais de 5 anos na justiça federal. Fazendo um cálculo grosseiro, Câmara coloca que em 2011 o STJ proferiu 229.955 decisões que extinguíram processos, assim, se cada ministro do STJ trabalha-se 9 horas por dia ininterruptamente, durante 300 dias por ano, se chegaria a aproximadamente uma decisão a cada 20 minutos (2013, p. 40) Em conclusão, o autor afirma que independente dos resultados estatísticos, não é certo entender apenas a velocidade de julgamento como fator determinante da eficiência ou não de um sistema de prestação jurisdicional (2013, p. 40 - 41). Torna-se importante então o entendimento do que seria essa prestação jurisdicional e o papel da celeridade nesse sistema, para enfim compreender seus possíveis papéis para se configurar a responsabilização pela omissão do poder judiciário.

Os conceitos de jurisdição e de ação integram a ideia de acesso à justiça, sendo que o Estado reservou para si o monopólio da função jurisdicional, retirando do cidadão individualmente a possibilidade de exercê-la de modo próprio (Mirna Cianci, 2013, p. 15). A doutrina se divide quando a conceituação da forma com que o jurisdicionado pode invocar a jurisdição, surgindo duas correntes. Mina Cianci pesquisando essa divergência constata que o processualista Humberto Theodoro Jr. defende uma diferenciação entre o direito substancial e o direito processual (ação), sendo que o primeiro tem por objeto uma prestação do devedor da ação e o segundo, a ação, visa provocar a atividade jurisdicional. A autora revela também que Pontes de Miranda, por outro lado, utiliza a terminologia ação e *actio*, sendo o primeiro de natureza processual, dirigida contra o Estado, e o segundo de natureza material, dirigida contra o réu (2013, p. 17).

Independente da teoria ou das implicações que ambas venham a ter no direito processual, para a responsabilidade omissiva do poder judiciário cabe afirmar que ambas as teses geram que o *valor* ou *função* da justiça não implica em atender unicamente o direito

material perseguido pelo autor na demanda, mas também diz respeito aos meios colocados a sua disposição (Cianci, 2013, p. 18), pois existem duas relações diferentes, uma entre autor e réu ou devedor, e outra entre o autor como jurisdicionado e o Estado.

A função jurisdicional é marcada pela inércia, pois o Estado somente pode atuar na resolução de conflitos se provocado pela parte ou interessado e nunca de ofício. Nesse sentido o Art. 2º do Código de Processo Civil positiva que "Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou interessado a requerer, nos casos e formas legais". Ocorre que após ser provocado, o judiciário se torna obrigado a apresentar uma decisão pois é inafastável a sua atuação, por força do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Concomitantemente a esses dois institutos, a Emenda Constitucional nº 45 incluiu no artigo 5º o inciso LXXVIII, instituindo o princípio da celeridade processual, com a seguinte redação: "A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (Morosini, 2016, p. 109).

Mesmo com a positivação de forma expressa da celeridade processual apenas em 2004, o princípio já era considerado implícito no ordenamento brasileiro, tanto por força instituto do devido processo legal, como pelo da eficiência previsto no art. 37 caput (Moraes, 2007 p. 456). Ainda em 1950, a Convenção para Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais (positivada no ordenamento brasileiro por força do Dec. 678 de 6.11.1992), realizada em Roma, instituiu em seu artigo 6º, inciso primeiro:

Art. 6, I - Toda pessoa tem direito a que sua causa seja julgada de modo equitativo, publicamente e dentro do prazo razoável, por tribunal independente e imparcial, previsto na lei

Dessa forma, conclui-se que o exercício da função jurisdicional não pode ser iniciada de ofício, que após provocação deve entregar resposta a demanda das partes e que essa resposta precisa ser em prazo razoável dentro das demandas do caso, configurando-se relação entre o jurisdicionado e o Estado. É dentro dessa realidade que a omissão do Estado na prestação da atividade judiciária ganha contornos de relevância, quando sua falta de celeridade venha a causar um dano ao administrado. Acontece que não é simples para a doutrina estabelecer os conceitos de duração razoável do processo, muito menos até que ponto se consideraria célere ou moroso determinado andamento processual e configurando assim omissão ou não. Dessa

forma surgem constantes debates sobre os possíveis e diversos critérios que dão suporte ao entendimento do conceito de efetividade e ao de celeridade processual (Cianci, 2013, p. 24).

Nesse contexto é importante entender que a eficiência positivada no art. 37 da constituição federal através da EC 98/2004 é ligada diretamente a ideia de qualidade do serviço, pois a conduta estatal não é vinculada apenas a velocidade da prestação, mas também a avaliação dos resultados prestados (Câmara, 2013, p. 43). Para Alexandre Freitas Câmara o embate entre celeridade e qualidade é equivocado, pois não se trata de escolher um em detrimento do outro, mas sim da necessidade de se construir um sistema que ao ser provocado pelo jurisdicionado seja capaz de produzir resultados justos dentro do prazo adequado.

Câmara relata que em nada adianta que o Poder Judiciário produza resultados rápidos, mas de qualidade duvidosa, assim como também não é adequado resultados de alta qualidade, mas extremamente morosos. O autor finaliza a linha de raciocínio afirmando que não existe um direito superior aos demais conhecido como celeridade, mas sim o direito ao devido processo legal e ao processo justo, direto esse que se torna comprometido na medida em que o andamento se tornar excessivamente moroso, afetando sua eficiência (Câmara, 2013, 46).

Assim tanto Alexandre Câmara como Mirna Cianci, colocam a impossibilidade de se entender o conceito de celeridade e duração razoável do processo como conceitos estáticos, sendo preciso considerar caso a caso e as razões que levaram a conduta supostamente tida como omissiva por parte do Poder Judiciário. Cianci assevera que para evitar que a parte suporte em demasia o tempo para reaver ou instituir o seu direito, o sistema processual prevê para remediar esses danos, dentre outras hipóteses os institutos da tutela provisória, tutela de evidência e a técnica monitoria (2013, p. 26)

A autora defende que a responsabilização estatal somente deveria ocorrer nos casos de existência de ilegalidade por parte dos atos executados pelos agentes públicos responsáveis. A argumentação é baseada na ideia de que não seria possível analisar a responsabilidade omissiva sob o aspecto da teoria do risco, tendo em vista que essa omissão ocorreria apenas do descumprimento de dever legal, estando a avaliação voltada para o caso concreto e através da invocação de critérios subjetivos. Para Cianci o vago conceito de duração razoável obriga que na apuração da responsabilidade se faça incursões subjetivas, avaliando o conteúdo dos atos como recursos, incidentes e postura das partes. Além disso, a autora também rechaça a ideia de que a responsabilização estatal ajudaria a solucionar os problemas da máquina pública, pois segundo ela apenas levaria a transferência dos ônus para os próprios jurisdicionados (2013, p. 25-26).

A questão da celeridade também é abordada pela doutrina através da divisão dos atos do Poder Judiciário dentro da classificação de atos típicos (ou jurisdicionais) e atípicos (ou judiciais). Nesse sentido Vera Lúcia Jucovsky considera possível que a negligência do poder público e a demora excessiva do poder judiciário em apreciar questão judicial sejam ensejadoras de responsabilização por parte do Estado, pois não se trataria de uma questão jurisdicional, mas sim a mera prestação de um serviço público, ato judiciário de natureza administrativa (1999, p. 689). Cavalheri Filho em pensamento convergente ressalta que a denegação da justiça pelo juiz, negligência no exercício da atividade, falta de serviço judiciário, assim como desídia dos serventuários e problemas encontrados no aparelho policial estatal fugiriam todos da discussão relativa aos atos jurisdicionais, devendo ser incluídos ou na responsabilidade objetiva do Art. 37 parágrafo 6º ou na teoria da culpa anônima, pois seriam atos administrativos (2015, p. 296). O autor é defensor de somente uma hipótese de responsabilização por atos típicos do Poder Judiciário, nos casos de responsabilização por erro judiciário, prevista no Art. 5º, inciso LXXV da Constituição, segundo Cavalheri exceção expressa a regra (2015, p. 296), adotando a teoria restritiva da conceituação de erro.

Maria Emília Mendes Alcântara, sem entrar nas possíveis divisões entre as atividades do poder público nem adentrar nos critérios quanto a celeridade discorre que não importa para o administrado as razões que levaram a ocorrência de omissão da prestação judiciária, se ocorreu dano devido a falta da prestação do serviço público, o Estado não poderá se esquivar da sua responsabilidade (1988, p. 50). Para Adhemar Maciel o terceiro tem o direito de solicitar a indenização, pois o serviço da justiça é, dentre todos os serviços o mais essencial, pois diz respeito a paz, a coexistência do próprio cidadão com os demais administrados pelo Estado (2000, p. 3).

Através das ideias de Eduardo Cobreiros Mendazona (1988, p. 36 e ss), Carvalho Neto faz um apanhado relativo à omissão da atividade judicial, elencando quatro pressupostos: Para o autor o atraso constitutivo do funcionamento anormal pode ocorrer em qualquer momento do processo; para se quantificar o prejuízo é preciso se descontar o prazo normal de tramitação médio de processos similares; é preciso se desprezar que o atraso pode ser entendido como funcionamento normal do funcionamento da justiça; os processos de matéria penal possuem consequências mais gravosas que influem na caracterização do dano (2014, p. 154).

Ana Maria Pedreira pondera que muito embora a doutrina majoritária se posicione favoravelmente a indenização dos atos praticados pelo poder judiciário que venham a causar dano aos administrados, o Supremo Tribunal Federal até esse momento não tem reconhecido

de forma irrestrita essa possibilidade (2016, p. 149). Gustavo Scatolino e João Trindade ressaltam inclusive que a regra ainda permanece a da irresponsabilidade ressalvada a hipótese prevista no artigo 5º LXXV, da Constituição Federal, mas os autores não explicam qual o entendimento quando ao conceito de erro expresso no artigo (2016, p. 886). Helena Elias Pinto, em pensamento sinônimo ao dos autores anteriores afirma que o entendimento do STF é pela responsabilização somente dos casos expressos em lei, novamente sem entrar em polêmicas quanto as conceituações legais (2008, p.197)

Tratando especificadamente da omissão por parte do Poder Judiciário, mesmo que em caso mais antigo que os demais, no RE 219.117/PR não se reconheceu a omissão estatal em caso de ausência de arquivamento de penhora judicial em cartório, gerando posterior anulação de venda de imóvel por acusação de fraude à execução por parte do alienante (Relator Min. Ilmar Galvão, DJ de 29.10.1999).

Em decisões mais recentes do STF, a corte já veio a decidir pela inaplicabilidade da responsabilização do Estado em casos de erro que adotem a interpretação extensiva do art. 5º LXXV, nesse sentido cabe as ressaltar o Recurso Extraordinário 429.518/SC:

RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRISÃO PREVENTIVA - RÉU DENUNCIADO POR PRÁTICA DE ROUBO DUPLAMENTE QUALIFICADO - LIBERTADO APÓS CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS. INADMISSIBILIDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

1. A Constituição, considerada sob a ótica de pacto social, tem um conteúdo marcadamente transacional, consolidada na **adoção de princípios que afastam a indenizabilidade de atos praticados pelos agentes políticos e públicos (art. 5º, LXXV; LXXI; art. 53).**

2. Em sua literalidade, **somente são indenizáveis as condenações por erro judiciário e a persistência na prisão por tempo maior do que o fixado pela sentença.** O conceito de erro judiciário e a forma do seu reconhecimento está previsto na legislação ordinária (art. 630, do CPP), definindo condição para a sua indenizabilidade. **O excesso do tempo de prisão diz respeito, no caso, ao cumprimento da pena, definindo-se como clara hipótese de mau funcionamento do sistema prisional. Diferencia-se da hipótese de prisão ilegal, que se define como aquela não calcada em flagrante ou em ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI).**

3. A prisão temporária ou preventiva, decretada pelo Juiz competente e nas hipóteses previstas nas leis processuais penais, bem como as prisões em flagrante, não se tornam ilegais, ainda que eventualmente sobrevir a absolvição do réu por qualquer motivo, o que não é o caso dos autos. Insere-se como ato imune à indenização, inclusive por dano moral, tendo em vista o conteúdo transacional decorrente dos princípios adotados pela Constituição

no Estado de Direito. (Grifos Nossos) (Recurso Extraordinário 429.518/SC (Segunda Turma, Ministro Relator Carlos Velloso, 17.8.2004)

No mesmo sentido da decisão anterior está o RE 553637 (Segunda Turma, Ministra Relatora Ellen Gracie, 2.8.2009) que também negou direito de indenização por prisão preventiva. Por outro lado, em decisão mais recente o STF e a segunda turma vieram a mudar o seu entendimento no Recurso Extraordinário 385.943, sendo que dele se retira:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º). CONFIGURAÇÃO. “BAR BODEGA”. Decretação de prisão cautelar, que se reconheceu indevida, contra pessoa que foi submetida a investigação penal pelo poder público. Adoção dessa medida de privação da liberdade contra quem não teve qualquer participação ou envolvimento com o fato criminoso. Inadmissibilidade desse comportamento imputável ao aparelho de estado. Perda do emprego como direta consequência da indevida prisão preventiva. **Reconhecimento, pelo tribunal de justiça local, de que se acham presentes todos os elementos identificadores do dever estatal de reparar o dano.** Não-comprovação, pelo estado de são paulo, da alegada inexistência do nexo causal. Caráter soberano da decisão local, que, proferida em sede recursal ordinária, reconheceu, com apoio no exame dos fatos e provas, a **inexistência de causa excludente da responsabilidade civil do poder público.** Inadmissibilidade de reexame de provas e fatos em sede recursal extraordinária (súmula 279/stf). Doutrina e precedentes em tema de responsabilidade civil objetiva do estado. Acórdão recorrido que se ajusta à jurisprudência do supremo tribunal federal. Reconhecido e improvido. (Grifos Nossos) (Recurso Extraordinário 385.943, Min Relator Celso de Mello, segunda turma, 4.8.2009)

Apesar dos três julgados não tratarem especificamente da responsabilidade omissiva por parte do Poder Judiciário, o debate cerca a abrangência da responsabilização, sendo a decisão de 2009 precedente pela aceitação da responsabilização para além dos casos de prisão além do tempo fixado na sentença e então sim podendo vir a envolver a omissão.

Em 2014 outra decisão da corte se destaca por julgar no mesmo sentido da de 2009. Apesar da decisão do Recurso Extraordinário 770931/SC negar a indenização para réu preso preventivamente de forma injusta, na decisão o ministro justifica que a pretensão é negada devido ao não reconhecimento de erro no caso concreto por parte do agente público, devido as fortes circunstancias e provas que envolviam o caso, ou seja, o julgado admite a possibilidade de indenização por erro no caso de prisão preventiva, adotando a tese genérica e abrangente do dispositivo previsto no art. 5º LXXXV:

**A responsabilidade civil invocada pelo apelante encontra fundamento no art. 5º da Constituição Federal** que, em seu inciso LXXV dispõe: O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. Ocorre, entretanto, que **a caracterização do erro judiciário pressupõe, neste caso, a ilegalidade ou abusividade no decreto da prisão** ou no ato de sua manutenção, frente aos requisitos a serem observados pelo Magistrado. [...] Na espécie, não vislumbro qualquer abusividade nos atos judiciais consistentes nos decretos de prisão temporária e de prisão preventiva, tampouco na manutenção do recorrente em estabelecimento prisional enquanto aguardava o seu julgamento pelo Tribunal do Júri. (Grifos Nossos) (Recurso Extraordinário 770931/SC, Relator Min. Dias Toffoli 8/06/2014)

Percebesse que nos últimos anos a doutrina tem avançado no sentido de responsabilizar o judiciário pelos seus atos que ensejam dano ao administrado, rebatendo e superando aos poucos os argumentos da irresponsabilidade, que tendiam isolar o judiciário como o ultimo poder a não se render as hipóteses de indenização estatal. Por outro lado ainda restam gigantescas divergências quanto aos critérios com que se daria essa modalidade de responsabilização, existindo dificuldades e conceituações ainda não muito bem trabalhadas quando se trata da omissão do poder judiciário pela prestação jurisdicional. O avanço é mais tímido dentro da perspectiva da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que aceita em regra até o momento apenas nos casos previstos expressamente em lei.

Conforme alertou Marco Aurélio Bezerra de Melo, a grande dificuldade atual para a consolidação desse tipo de responsabilidade está justamente na dificuldade de criar critérios claros e objetivos (2015, p. 484), critérios que deverão ser aprofundados pela doutrina nos próximos anos e levados a teste pelos tribunais para enfim se falar em uma consolidação da responsabilidade civil dos atos jurisdicionais e da responsabilização do Poder Judiciário por omissão na prestação jurisdicional.

### 3.2 - Responsabilidade Civil do Estado por Atos do Poder Legislativo

Como demonstrado no tópico anterior, a responsabilidade civil do Estado pelos danos causados pelo poder judiciário ainda se encontra em evolução na doutrina e em aceitação pelo Supremo Tribunal Federal. De forma diversa, os atos realizados pelo Poder Executivo, possuem ampla aceitação dentro dos autores nacionais, assim como nos tribunais superiores e inferiores, tanto nos casos de comissão e omissão, assim como por atos lícitos e ilícitos.

No caso do Poder Legislativo, tem defendido a doutrina que o mesmo não responde, em regra, por sua atividade legislativa, ou seja, pela sua função típica de criar normas. Esse



entendimento vem da ideia de que o parlamento é a vontade do povo, e seria praticamente impossível instituir novos direitos, avanços ou pautas progressivas sem que em contra partida surgisse um dever, podendo esse ser causados de eventual dano (Scatolino e Trindade, 2016, p. 888).

Assim como na responsabilidade civil do Poder Judiciário, parte da doutrina advoga em favor da tese da irresponsabilidade do Poder Legislativo, com base nos seguintes argumentos: Em primeiro lugar se alega a soberania do poder legislativo em promulgar leis; Em segundo se levanta que por ser a lei típica geral e abstrata, afeta de forma equânime e indistinta os administrados; Por fim argumenta-se que por serem eleitos os parlamentares, representariam a vontade popular, tendo autonomia e irresponsabilidade quanto a promulgação de normas (Garcia, 2007, p. 197). Maria Helena Diniz ainda afirma ser levantado o fato de que lei nova não fere direito pré-existente, assim a determinação de responsabilização estatal poderia vir a inibir a progressão do ordenamento e a atualização legislativa (2009, p. 654).

Hely Lopes Meirelles escreve que o ato legislativo típico é a lei e justamente por afetar toda a coletividade dificilmente causará danos indenizáveis ao particular, isso em decorrência da soberania do Estado. Para o autor apenas nas hipóteses excepcionais, em que uma lei inconstitucional causa prejuízo ao particular poderia se falar em dano injusto e reparável. Ocorre que Meirelles mesmo nessas hipóteses defende a irresponsabilidade legislativa, isso em função da ausência de fundamentação legal (2011, p. 707).

Para Gustavo Scatolino e João Trindade a responsabilidade civil do Estado surgiria do abuso de poder por parte do legislador, discordando que o mandato daria carta branca ao legislador para que se omita ou promulgue leis inconstitucionais (2016, p. 888). Assim como na responsabilidade por atos jurisdicionais, o argumento da soberania também é rechaçado pela doutrina, pois é de difícil entendimento que exista uma soberania específica para um dos poderes, ou que um detenha uma parcela superior a de outrem (Diniz, 2009, p. 642).

Monica Nicida Garcia coloca que não seria prudente em tal momento da democracia defender uma tese de irresponsabilidade baseado na soberania, pois seria esse um atributo do Estado e não de determinado poder específico, cabendo então ao legislativo os mesmos deveres de responsabilização previstos no artigo 37 parágrafo 6º. A autora lembra ainda que é possível a lei em sentido formal ter efeitos singulares e concretos, gerando discrepância nos seus resultados perante os administrados, não sendo plausível a tese da divisão equitativa dos ônus em todos os casos. Por fim Garcia também rechaça a ideia de que seria aceitável alegar que o prejuízo seja suportado pelo cidadão apenas porque o mesmo participou do processo de

eleição dos legisladores que comissivamente ou omissivamente vieram a lhe causar dano (2007, p. 197).

Maurício Jorge Mota afirma que no Brasil a modalidade de responsabilidade do Estado por atos legislativos já é um instituto com um reconhecimento configurado. Para ele isso se dá pelo fato do país ter adotado um modelo norte-americano de controle de constitucionalidade das leis, não tendo enfrentado um caminho longo de discussão quando aos dogmas da soberania estatal, como aconteceu na França. O ordenamento pátrio teria sempre reconhecido que o Estado está submetido a ordem jurídica, sendo assim mais fácil a aceitação de que deveria ser responsabilizado pelo desempenho inconstitucional de legislar (1999, p. 246-247).

Tendo em vista a aparente fragilidade de parte dos argumentos que alegam a irresponsabilidade do Estado por atos legislativos, Luciano Ferraz chega a afirmar que no Brasil a doutrina é praticamente unânime em reconhecer a possibilidade de responsabilização em determinados casos específicos, citando como expoentes da defesa dessa tese Julio Cesar dos Santos Esteves, Regina Maria Nery Ferrari e José Cretella Junior (2006, p. 218).

A doutrina então divide em três hipóteses específicas as causas de responsabilidade civil por atos legislativos: i) Aprovação de leis inconstitucionais; ii) o dano causado por leis de efeito concreto e iii) a omissão legislativa (Scatolino e Trindade, 2016, p. 888), sendo as duas primeiras atividades comissivas e a última omissiva por parte do poder legislativo, objeto do último tópico desse capítulo. Quanto as atividades comissivas constitucionais do poder legislativo (ii), José Cretella Junior descreve uma classificação baseada em 1) Prejuízos causados diretamente pela edição da lei e em 2) Prejuízos causados em razão de medidas administrativas tomadas com objetivo de efetivar ou regulamentar a aplicação (1998, p. 151).

Quanto ao primeiro caso o autor afirma que de pronto ocorre a indenização se o legislador fixou indenização ou garantiu o direito de pleiteá-la. Caso a lei não preveja tal instituto não ensejará indenização se a lei vedou ou restringiu atividade imoral, ilícita ou contrária ao interesse público. O prejuízo causado pela lei precisa, por sua especialidade ou gravidade, ultrapassar o normal sacrifício imposto pela legislação para ensejar o direito de indenização, mas esse direito não existirá se o sacrifício tenha por objetivo o interesse nacional. Já no caso das medidas administrativas, se essas forem ilegais não se trata de responsabilidade do poder legislador, mas sim responsabilidade por atos administrativos. Caso sejam legais e complementem o texto da lei, as regras aplicáveis seriam as mesmas do primeiro caso, se aplicando as regras da responsabilidade legislativa constitucional. Por fim, se a regulamentação estender o entendimento da lei, indo além do previsto pelo legislador,

novamente seriam um caso de responsabilidade por atos administrativos, se afastando dos casos de responsabilidade legislativa (1998, p. 151).

Em 1965 o Supremo Tribunal Federal analisou caso envolvendo atividade regulamentadora do Estado, especificamente a prerrogativa de tabelamento de preços de produtos. Nos autos do RE 52.010, aprovado por unanimidade no pleno da corte, o Ministro Relator Victor Nunes Leal apesar de negar a pretensão do autor, ainda na época já assegurava a possibilidade de se responsabilizar o Estado pela atividade regulatória desde que se configurasse abuso e dano demasiado aos produtores (RE 52.010, Pleno, Min Rel. Victor Nunes Leal, 31/05/1965).

Quanto as hipóteses de dano causado em razão de ilegalidade ou inconstitucionalidade, para Maria Helena Diniz há indubitavelmente a possibilidade destas causarem prejuízos a terceiros, prejuízos esses que deverão ser indenizáveis. Essa responsabilidade surge para a autora do dever do legislador de obedecer às leis vigentes e os ditames constitucionais, não podendo editar normas que se encontrem viciadas, sendo que havendo esse descumprimento e eventual dano, será o prejuízo indenizado. Porém, para que exista essa modalidade de responsabilidade estatal, se torna necessária a declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade da lei que gerou o dano (2009, p. 656).

Luciano Ferraz destaca que a tese da responsabilidade do Estado pela emissão de leis inconstitucionais vem sendo acolhida pelo Supremo Tribunal Federal sem impedimentos, citando o Recurso Extraordinário 153.464, de relatoria do ministro Celso de Mello (2006, p. 219), onde é debatido tributação excessiva por parte do Estado configurando modalidade de confisco, da decisão se retira:

[...] daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, muitas vezes deslembadas da existência, em nosso sistema jurídico, de um estatuto constitucional do contribuinte, consubstanciador de direitos e garantias oponíveis ao poder impositivo do Estado, culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, injustamente, o exercício de atividades legítimas [...]

Gustavo Scatolino e Trindade destacam que nos Recursos Extraordinários 158.962, 153.464 e no Recurso Especial 751.645/RS é destacado expressamente pelos ministros a necessidade prévia da lei ser considerada inconstitucional (2016, p. 889).

Por fim, quanto ao tema da omissão legislativa constitucional, objeto específico de estudo do presente tópico, faz-se necessário uma análise mais aprofundada, destacando o tópico a parte, pois enfrenta divergências nos tribunais superiores e decisões que se afastam do entendimento da doutrina.

### 3.2.1 - Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Legislativa

Como demonstrado anteriormente, parte da doutrina defende a responsabilização do Estado nos casos de omissão legislativa. Essa hipótese se manifesta a partir do momento em que ao não existir edição de uma lei com previsão constitucional, podendo ser essa previsão com ou sem prazo determinado, um direito subjetivo do administrado deixa de se concretizar (Carvalho Neto, 2014, p. 88).

Com uma visão pessimista dessa modalidade de responsabilização estatal, Joaquim Gomes Canotilho considera que se o cidadão onerado pela promulgação de leis que lhe geram danos tem o direito de reclamar indenização do Poder Legislativo, o mesmo direito poderia ser acionado nos casos em que o Poder Legislativo se omitir de legislar, ou seja, na possibilidade do surgimento de danos causados pela inércia legislativa. Canotilho relata que dentro das normas constitucionais existem algumas que carecem de "determinabilidade", precisando do trabalho infraconstitucional do legislador para que possam efetivar um direito. Assim, tendo em vista essa vinculação constitucional do legislador, poderia se assegurar que exista um direito subjetivo do administrado sendo lesado pela inerência constitucional do órgão legiferante (1974, p. 163).

Ocorre que o próprio autor levanta um impedimento interessante para se aplicar a irresponsabilidade nesses casos de omissão. A falta de atuação por parte dos legisladores é submetida diretamente a um controle político, o cidadão é quem introduz seus representantes dentro da Câmara e do Senado, assim como é quem elege o chefe do Poder Executivo. Dessa forma, é o próprio cidadão quem escolhe os responsáveis por votar e tomar a iniciativa pelo início do processo legislativo. No momento que os representantes eleitos pelo próprio povo não regulam certo direito subjetivo, nada mais é do que a própria manifestação da vontade do administrado recusando essa efetivação (1974, p. 163).

Discordando do ceticismo apresentado por Canotilho, Carvalho Neto cita estudo de João Caupers (1999, p. 82) que relata haver casos até frequentes no plano do direito comunitário europeu de responsabilização do Estado por omissão legislativa, onde o Tribunal das Comunidades tem condenado os Estados participantes devido a ausência de regulamentação de determinada norma aprovada pelos Estados membros (2014, p. 148). No sentido do

exposto por João Caupers, Marçal Justem Filho cita que um dos precedentes importantes no âmbito da União Europeia envolveu a condenação da Itália em indenizar empregados de uma empresa falida. A fundamentação no caso envolveu uma determinação europeia de normatização de direitos de trabalhadores de empresas em processo de falência, norma essa não regulada pelo ordenamento italiano (2015, p. 1416).

María Emília de Alcântara, ao admitir essa modalidade de responsabilização estatal, sustenta que o legislador não pode furtar-se a editar legislação que vise tornar exequíveis direitos que a constituição garante. Para a autora não vale em nada um direito reservado na carta maior que não pode jamais ser exercitado por inércia do poder legislativo, defendendo assim que passado lapso razoável de tempo, se torna facultado ao administrado a propositura de ação indenizatória em razão dos danos sofridos pela ausência de norma efetivando o direito (1988, p. 69). Essa necessidade de normatização efetivando direitos subjetivos surge da existência de normas constitucionais de eficácia limitada, espécies normativas que necessitam de regulamentação para que se exerça o direito previsto nelas (Carvalho Neto, p. 89).

Maurício Jorge Mota defende que nem toda omissão configurará inconstitucionalidade passível de gerar a responsabilização, é preciso que o legislador se abstenha de editar norma reguladora de determinado preceito constitucional concreto, com um interesse específico tutelado, que apontem um bem jurídico fruível, defina a conduta do caso e por isso gere direito subjetivo a sua obtenção (1999, p. 250-251).

Para Luciano Ferraz o raciocínio para esses casos deve ser o mesmo ao que desenvolveu as condutas administrativas omissivas, possibilitando a responsabilização estatal. O autor defende a existência de duas hipóteses diferentes para a configuração da omissão, sendo a primeira nos casos em que a norma constitucional prevê expressamente prazo para o desempenho de atividade legislativa e o segundo nos casos em que inexiste prazo. Existindo o prazo, o nexo causal independe de qualquer interpelação, já estando configurado o dano a partir do momento em que se ultrapassou a data limite estipulada. Por outro lado, inexistindo prazo, seria preciso constituir o Estado em mora através dos instrumentos cabíveis (2006, p. 219).

A forma e o momento em que se torna possível constituir o Estado em mora legislativa é discutido pela doutrina. Marisa Gelena de Freitas defendia, ainda em 1995, o uso da Ação Direta de Inconstitucionalidade, que teria efeitos restritos e expressamente previstos, sendo um deles o de dar ciência ao poder competente da ausência de norma e assim configurar a mora legislativa (1995, p. 285). Ana Maria Pedreira em sentido convergente afirma que a omissão somente se materializa com a manifestação do Poder Judiciário em afirmar a mora

legislativa, isso por meio de Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Mandado de Injunção, fixando prazo para a instauração do processo legislativo, que descumprido permite a configuração do nexo causal e a ação em busca do ressarcimento do dano (2016, p. 152).

O Supremo Tribunal Federal já em 1991 veio a reconhecer a possibilidade de responsabilidade civil do Estado por omissão constitucional legislativa. Nos autos o MI 283/DF, de Relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 14.11.1991, o pleno do STF reconheceu a mora legislativa do Estado em função da ausência de regulamentação do Art. 8º, parágrafo 3º do ADCT. O artigo fala sobre o dever de reparação econômica perante os cidadãos que tiveram seu direito exercer sua profissão impedido por parte da aeronáutica em 1965 por meio das Portarias Reservadas n.º S-50-GM5, e n.º S-285-GM5. Dos autos se retira:

Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8., par.3., ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação a reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; [...] (MI 283/DF, Rel. Min Sepúlveda Pertence, Pleno, 14-11-1991)

Em 2007 por unanimidade o STF reconheceu Ação Direta de Inconstitucionalidade da Assembleia Legislativa do Estado de Mato Grosso que pedia a constituição do Congresso Nacional em mora devido a inércia em legislar Lei Complementar Federal a que se refere o parágrafo 4º do Art. 18 da Constituição Federal, referente a incorporação, fusão ou desmembramento de municípios. O relator ministro Gilmar Mendes estabeleceu assim prazo de 18 meses para que o congresso adotasse as medidas necessárias para permitir o cumprimento da referida norma constitucional:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. INATIVIDADE DO LEGISLADOR QUANTO AO DEVER DE ELABORAR A LEI COMPLEMENTAR A QUE SE REFERE O § 40 DO ART. 18 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NA REDACÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL NO 15/1996. ACÇÃO JULGADA PROCEDENTE.

[...]

2. Apesar de existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. **As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam, inexoravelmente, o processo legislativo, não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.**

3. **A omissão legislativa em relação à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, acabou dando ensejo à conformação e à consolidação de estados de inconstitucionalidade** que não podem ser ignorados pelo legislador na elaboração da lei complementar federal. (Grifos Nossos) (ADI 3.682-3 MS, Min Rel. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 06-09-2007).

Também em 2007 o Supremo Tribunal julgou três mandados de injunção impetrados por sindicatos que pretendiam ter garantido o direito de greve expresso no Art. 37, VII, da Constituição Federal, onde se prevê necessidade de lei específica para regulamentação do instituto. O tribunal por maioria conheceu dos mandados e propôs como solução para a omissão legislativa a utilização, no que couber, da lei 7.783/1989 que dispõe sobre o direito de greve na iniciativa privada (MI 670/ES, rel. orig. Min Maurício Corrêa, rel p/ acórdão Min Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 708/DF, rel. Min Gilmar Mendes, 25.10.2007; MI 712/PA, rel. Min Eros Grau, 25.10.2007).

Provavelmente o caso mais enigmático envolvendo a responsabilidade do Estado por omissão legislativa seja o da revisão anual dos servidores públicos. No artigo 37, X da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional 19/1998, prevê que:

A remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices;

Segundo Luciano Ferraz, da norma se extraem dois comandos, o de que a revisão será feita por norma específica e que será sempre na mesma data e sem distinção de índice (2006, p. 220). Acontece que após 3 anos da EC o Estado não regulamentou a norma, levando o

Partido dos Trabalhadores a entrar com a ADI 2061-7-DF, que reconheceu a mora do presidente da república em enviar ao congresso o projeto de lei respectivo (2006, p. 220). Durante o julgamento o ministro Ilmar Galvão registrou que só seria possível exigir prazo caso trata-se órgão administrativo, assim apenas decretando a mora do Presidente da República. Posteriormente foi promulgada a Lei 10.331/2001 que garantiu para o exercício de 2002 revisão de 3%.

Ao analisar o caso, Ferraz ressalta que os servidores públicos federais não foram contemplados com reajuste dos anos de 1999, 2000 e 2001, o que lhes causou prejuízo. Da mesma forma, é incontestável o nexo de causalidade entre a omissão estatal e o dano, decretada esta pelo próprio STF desde julho de 1999. Assim para o autor é incontestável o reconhecimento de responsabilidade da União, por função atípica de caráter legislativo, cabendo indenização por parte dos servidores (2006, p. 223). Acontece que o entendimento defendido pelo autor em artigo publicado em 2006 não prevaleceu nos julgamentos posteriores que envolveram a matéria quando esta chegou aos tribunais superiores.

Em 2011 o ministro Benedito Gonçalves no AgRg em Agravo de Instrumento 1424013/DF decidiu no sentido de não ser cabível indenização ao servidor público por omissão do chefe do Poder Executivo em enviar projeto de lei prevendo a revisão geral anual prevista no art. 37, X da Constituição Federal. Retira-se da decisão:

A jurisprudência desta Corte, na mesma linha do entendimento firmado pela Corte Suprema, tem entendido que a inércia do chefe do Poder Executivo em desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual não acarreta direito à indenização em favor do servidor público, pois o acolhimento de pretensão desta natureza representaria a própria concessão de reajuste, não podendo o Judiciário atuar como legislador positivo (STJ, AgRg no Ag: 1424013, Rel Min Benedito Gonçalves, Primeira Turma. 06-12-2011)

No mesmo sentido se encontra o julgados do Superior Tribunal de Justiça AgRg no REsp 1.118.195/RS movido pela Fundação Nacional de Saúde - FUNASA (STJ, AgRg no REsp: 1118195 RS 2009/0078913-8, Relator: Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJe 22/11/2010).

Em decisão de mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal em 2010 também negou a pretensão indenizatória com base omissão do Estado em enviar o reajuste anual. Se retira do Recurso Extraordinário a seguinte ementa:



SERVIDOR PÚBLICO. REVISÃO GERAL DE VENCIMENTO. COMPORTAMENTO OMISSIVO DO CHEFE DO EXECUTIVO. DIREITO À INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. IMPOSSIBILIDADE. Esta Corte firmou o entendimento de que, embora reconhecida a mora legislativa, não pode o Judiciário deflagrar o processo legislativo, nem fixar prazo para que o chefe do Poder Executivo o faça. Além disso, esta Turma entendeu que o comportamento omissivo do chefe do Poder Executivo não gera direito à indenização por perdas e danos. Recurso extraordinário desprovido. (STF, RE: 424584 MG, Relator: Min. Carlos Velloso 07-05-2010)

O tema da responsabilidade omissão legislativa do Estado encontra-se em repercussão geral no STF, justamente em processo que versa sobre o reajuste anual dos servidores públicos federais, através do Recurso Extraordinário 565089, distribuído ao Ministro Marco Aurélio. A ação é movida por policiais civis do Estado de São Paulo, tendo a pretensão negada no TJSP com base nos argumentos de que não poderia o Poder Judiciário intervir em matérias de outro poder, invocando a súmula sumula 339 de 1963 que diz: "não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia". O Tribunal ainda registrou que não se pode contornar a situação com a alegação de ser grave o dano causado aos servidores pela ausência de majoração, pois se credita ao Estado e a fazenda pública a perda salarial decorrente de questões inflacionárias. Para justificar o recurso, o advogado dos autores alega que:

Pois bem, nota-se que os i. julgadores, com todo respeito, não compreenderam o direito ora postulado pelos recorrentes. Nota-se que, não se trata de ação proposta para estabelecer critérios de reajustes dos servidores. Os Recorrentes não desejam obter repasse, reajuste, majoração ou aumento de vencimentos, bem como salientado na peça propedêutica. Ora, o que se pede, na verdade, é uma indenização pelas perdas inflacionárias sofridas nos últimos anos, pois é irrefutável que a falta de uma política de atualização remuneratória fez com que os vencimentos dos Recorrentes ficassem á merce dos efeitos nefastos da inflação, ocorrida no período. Observa-se que, a inicial é clara nesse sentido, jamais se pediu aumento, reajuste ou repasse de vencimentos.

Tendo em vista a polêmica, deve o STF se debruçar sobre o tema na tentativa de determinar posição da corte que venha a tornar mais claro qual o entendimento que deve ser entendido desses casos de omissão.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento da presente pesquisa permitiu uma análise da doutrina nacional quanto a responsabilidade civil do Estado por omissão, assim como uma visão de qual é o posicionamento dos tribunais superiores quando apreciam a questão, permitindo a partir dos resultados uma compreensão da complexa situação que o instituto se encontra no ordenamento brasileiro, com correntes divergentes, teorias opostas e até mesmo julgados contraditórios dentro de uma mesma corte.

A hipótese principal que norteou a pesquisa tratava da ideia de existir uma profunda divergência interna dentro da academia relativa ao instituto da responsabilidade civil do Estado, acreditando que essa realidade surgia de uma discordância principalmente entre pesquisadores civilistas e administrativistas, devido a utilização de principiologias e sistemáticas distintas para o estudo de um instituto que tange ambas as áreas. Ocorre que a hipótese se mostrou apenas parcialmente correta.

Ao passo que de fato a responsabilidade civil do Estado, tanto no seu aspecto omissivo como comissivo levantam diversas polemicas, essas não estão presas a um dualismo que envolve o direito administrativo e o direito civil apenas. Apesar de existirem sim discordâncias que envolvem as duas áreas, como demonstramos quando tratamos da conceituação da responsabilidade por risco integral, a maioria dos pontos de divergência não encontravam a possibilidade desse tipo de divisão, existindo posicionamentos antagônicos internos as áreas do conhecimento.

Dessa forma, enxergando o resultado final da pesquisa, pode-se dizer que a responsabilidade civil do Estado ainda não se encontra solidificada dentro do ordenamento brasileiro. Apesar de ser claro haver um reconhecimento dessa modalidade de responsabilização, tanto em sua forma comissiva como omissiva, as formas de aplicação do instituto ainda não são pacíficas, estando presentes diversas teses e pensamentos que muitas vezes não só seguem caminhos diferentes, como em outros casos até são antagônicos.

A avaliação dos julgados dos tribunais superiores revelou que o papel uniformizador da jurisprudência não tem sido suficiente para esclarecer quais linhas doutrinárias tem sido seguidas pelo judiciário brasileiro. O motivo disso se deu tanto pela ausência de uma linha una escolhida pelos tribunais, ora tendendo para determinada corrente, ora pendendo para outra, a falta de clareza nas enunciações das decisões e em alguns casos inclusive confusões conceituais por parte dos ministros relatores.

Ainda no capítulo 1.1, que trata da irresponsabilidade do Estado, destaca-se uma discussão que é por vezes prolongada por alguns autores mas que na prática não altera em nada o instituto. A doutrina diverge da existência de determinado período no país em que se existiu a tese da irresponsabilidade, nesse sentido alguns doutrinadores levantam jurisprudência, leis esparsas, textos da época para defender uma ou outra hipótese. A polêmica aparente na verdade não se trata de discussão jurídica, mas meramente da conceituação de Brasil. A doutrina diverge exclusivamente durante o período colonial e imperial, sendo que se o primeiro for incluído na conceituação de Brasil haveria então adoção da tese em nossa conjuntura histórica, mas caso seja considerado apenas pós-independência, a irresponsabilidade nunca prosperou em território nacional. A discussão de nomenclatura por vezes se estende mais do que pontos de fato polêmicos e que teriam uma aplicabilidade real nos dias atuais.

Em outro momento surge uma divergência quanto a conceituação do termo teoria do risco integral, onde parte da doutrina entende ser uma modalidade extremada da teoria do risco e outra parte entende não existir divergência entre a adoção de uma ou outra. Novamente a polemica se apresenta mais como conceitual ou de nomenclatura do que de fato prática. Os autores que defendem a adoção da teoria do risco integral sem diferenciação da teoria do risco apenas usam terminologia diferenciada, não defendendo a exclusão da necessidade de comprovação do nexo causal, ou seja, para eles ambas as teorias seriam idênticas, não existindo diferenças de aplicação.

A verdadeira divergência envolvendo a teoria do risco integral estaria na possibilidade da aplicação no ordenamento brasileiro da modalidade extremada da teoria do risco, sem a necessidade de comprovação de nexo causal. Durante a revisão bibliográfica voltada para esse tema percebeu-se uma característica peculiar em algumas obras consultadas, que voltaria a se repetir em outros momentos em que surge divisão entre os doutrinadores do tema. A doutrina faz uso em certos pontos, do argumento de autoridade para defender seu ponto de vista, talvez por economia textual, simplificação da leitura, ou por outros motivos. Ocorre que esse artifício até certo ponto empobrece a leitura, pois ao invés de elencar argumentos e teorias, simplesmente se lista autoridades (nesse caso autores) que defendem a mesma ideia, tratando o assunto como pacífico ou realidade absoluta. Assim é vasta a utilização de termos como: "A melhor doutrina", "A grande maioria", "A doutrina especializada", sem nem ao mesmo se citar o argumento divergente ou até a existência do mesmo.

Outro ponto sem posicionamento pacífico da doutrina é quanto a denunciação da lide e o direito de regresso contra os agentes públicos, explicada no tópico 1.2.2. A doutrina divide-

se em quatro grandes grupos, tornando o assunto complexo e antigo. Nesse ponto surpreende o fato do Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça até hoje não terem criado jurisprudência sólida relativa ao assunto, e pior, divergirem entre si nas teorias adotadas. Aparentemente de todo o instituto da responsabilidade civil do Estado, um dos pontos mais básicos, se não o mais, seria saber quem pode compor o polo passivo da ação, quando se pode invocar o particular para responder diretamente, ou até a forma com que o estado vai regredir para buscar o ressarcimento do erário público. Infelizmente a jurisprudência superior assim como a doutrina não oferece resposta pacífica, tornando um caso de insegurança jurídica para o administrado, que não tem certeza de contra quem pode exercer seu direito, do agente, que não sabe como pode vir a responder na ação, e do Estado, que por vezes não consegue exercer a regressiva.

Sem dúvida a pesquisa encontrou a maior divergência da temática ao analisar a discussão quanto a responsabilidade omissiva do Estado ser subjetiva ou objetiva. Nesse ponto específico se torna ainda mais claro as dificuldades da doutrina em abordar um tema polêmico e antagônico, surgindo novamente o uso dos argumentos de autoridade como método quase que padrão de reforço argumentativo. A falta de critérios objetivos por parte dos autores para alcançar conceitos como "Dominante" e "Majoritária" acaba por prejudicar a leitura, tanto quando fala da doutrina como da jurisprudência.

Foram encontrados autores que defendiam a informação de que a doutrina majoritária se posicionava de forma a responsabilizar subjetivamente o estado pela sua omissão, assim como também foi possível encontrar outros autores que defendiam ser majoritária a defesa da responsabilidade objetiva. Curiosamente, chegou-se a registrar caso em que duas doutrinas diferentes, citavam como defensor de teses diferentes o mesmo autor e mesmo livro. Nenhum dos autores que citou os termos majoritário ou dominante explicou os métodos para se constatar essa informação.

Outro fator curioso, é que da mesma forma com que a doutrina cita a predominância de uma ou outra tese na academia, parte dos autores fazem o mesmo caminho ao falar da jurisprudência dos tribunais superiores. Apesar de ser unanimemente entre os autores pesquisados a prevalência da teoria subjetiva nos casos de omissão nos julgados do STJ, no STF a situação é diversa. Parte dos autores afirma que a posição majoritária do tribunal é pela teoria objetiva, outra parte afirma exatamente o oposto, novamente nenhuma das duas apresentando, na maioria dos casos, os critérios utilizados para se chegar a essa conclusão. A única pesquisa quantitativa encontrada revelou não só uma alteração no posicionamento do

Supremo Tribunal após 1988, mas também um fator curioso, a existência de certa confusão conceitual nos julgados, sendo difícil identificar qual a teoria escolhida pelo relator.

Identificando essas divergências internas o próprio STF entendeu a necessidade de uniformização, aceitando o pedido de repercussão geral feito pelo ministro Gilmar Mendes, o que deve tornar o posicionamento do tribunal mais claro para o administrado e para o próprio Estado.

O último capítulo da pesquisa entra em um ponto menos trabalhado pela doutrina nacional, tanto pela sua relativa novidade como por certa resistência entre os autores. Apesar das contradições e divergências expostas anteriormente, quando se trata da responsabilidade do Estado por omissão da prestação do serviço público, ou seja, do exercício típico do Poder Executivo, está consolidada a responsabilização tanto doutrinariamente como jurisprudencialmente, não se falando mais de irresponsabilidade. Ocorre que quanto a responsabilidade do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, a tese da responsabilização ainda se encontra em fase de aceitação.

Talvez pela timidez do judiciário em aceitar a sua própria responsabilização, surja na doutrina a tentativa de dividir a responsabilização por atos típico e atípicos, um jurídico na essência e outro essencialmente administrativo. Ocorre que a divisão não resolve todos os problemas, pois faltam critérios objetivos para se caracterizar uma ou outra conduta. Tirando como exemplo o caso específico em estudo, pode-se questionar: Até que ponto a omissão da prestação jurisdicional é exclusivamente atividade administrativa?

O entendimento de que decorre da falta generalizada de serviço público não é suficiente para esse enquadramento. Imagine que após o protocolo de pedido liminar os documentos não sejam distribuídos corretamente para o juiz responsável, o cartório os perca ou atrase no procedimento, nesse caso se demonstra clara que a responsabilização partiu de atos meramente administrativos do Poder Judiciário. Agora, se após a distribuição o juiz simplesmente por falta de tempo não consegue atender a liminar não emitindo assim a decisão cabível, qual a diferença prática para essa conduta e a conduta de negar comitivamente a liminar, tanto erro grave, simples imperícia ou até conduta dolosa? O dano é exatamente o mesmo em todos os casos. Por que uma conduta merece apreciação com base nos critérios de responsabilização dos atos administrativos e a outra parte da doutrina defende que nem deve ensejar responsabilização?

Curiosamente a responsabilização do judiciário se assemelha muito ao que passou a responsabilização do Estado no momento de aceitação da teoria civilista, onde se dividia os atos em de império e de gestão. Da mesma forma que na época se argumentava a existência

de uma linha subjetiva que dividia ambas as ações e que não poderia ficar o administrado vinculado a essas diferenciações para obter seu direito indenizatório, também não se deveria invocar tal diferenciação hoje para irresponsabilizar parte dos atos do judiciário.

Aparenta ser mais consistente uma divisão entre as atividades no exercício da jurisdição e as atividades no exercício da administração do Poder Judiciário. Sendo o primeiro serviço público invocado perante o direito de ação e envolvendo uma relação entre o Estado e o jurisdicionado, estando inclusos todos os atos que envolvem o processo, desde despacho, citações, arquivamentos, penhoras e movimentações, e o segundo atividades meramente administrativas do Poder Judiciário que não compõe o exercício da jurisdição, como licitações, concursos e transporte de cargas. Apesar dessa divisão apresentar maior facilidade de aceitação, ainda restariam dificuldades de justificar legalmente a diferenciação, pois como explicar através de dispositivos legais os argumentos que reforçam que a teoria da responsabilidade por exercício da jurisdição receberia enquadramentos diferente?

Outro fator relevante é a despreocupação da maior parte da doutrina pesquisada em elaborar conceitos referentes a celeridade processual e de avaliar o contexto da morosidade do poder judiciário. Aplicar a responsabilidade estatal simplesmente pela inexistência de um processo célere, como argumentam alguns doutrinadores, não apenas vai contra o próprio princípio do devido processo legal, como coloca em risco todas as garantias processuais existentes. A celeridade deve ser entendida em conjunto com a eficiência, sendo preciso critérios claros para sua definição, assim como possibilidades restritas para que seu reconhecimento venha a ser invocado para o fim da responsabilidade por omissão.

Por fim a responsabilidade do Poder Legislativo também encontra certa contradição por parte do entendimento do Supremo Tribunal Federal. É entendimento do supremo a possibilidade de decretar mora legislativa do chefe do executivo e do legislativo por omissão na função de legislar quando houver direito garantido na constituição. Acontece que apesar disso, não se tem reconhecido o direito do servidor público pleitear indenização a reposição salarial anual expressamente prevista na constituição. Um dos argumentos elencados é o de que não caberia ao STF instituir valor, ou estaria legislando e outorgando função típica do legislativo ou atípica do chefe do poder executivo.

Ocorre que ao julgar os reiterados casos de Mandado de Injunção tratando da ausência de regulamentação da greve no setor público, o Supremo Tribunal não apenas instituiu o Poder Legislativo em mora, como decidiu por aplicar as normas da greve do setor privado, ou seja, decidiu pela aplicação de uma lei inteira a um caso que a mesma não tinha como assunto. A rediscussão sobre o reajuste voltará ao pleno do Supremo devido ao pedido de repercussão

geral feito pelo ministro Marco Aurélio, ainda em 2007. Assim o tribunal terá a oportunidade de tornar mais claro os argumentos que envolvem a responsabilidade civil pela omissão legislativa.

Tendo em vista a importância da temática da Responsabilidade civil do Estado, tanto em sua modalidade comissiva, como em sua modalidade omissiva, se torna necessário apontar algumas críticas construtivas ao modelo de pesquisa que vem sendo utilizado no país, inclusive a adotada pelo presente trabalho.

Quando se trata de uma revisão jurisprudencial ou revisão bibliográfica, para criar uma metodologia de pesquisa amparada cientificamente e que permita conclusões objetivas é preciso a construção de critérios específicos e claros de análise de dados, algo pouco utilizado na bibliografia jurídica. Obvio que criar critérios para a pesquisa doutrinária não é uma tarefa fácil ou simples, até porque levaria a escolhas que excluam certos autores e pensamentos, mas se o interesse do autor é avaliar o posicionamento doutrinário é preciso especificar um marco definido e com critério objetivo, como por exemplo os livros com maior triagem ou autores mais citados, além de um marco temporal determinado.

De construção metodológica mais simples, mas também pouco utilizada é a avaliação das decisões jurisdicional. Se a intenção é se chegar a conceitos como "majoritário" ou "dominante" é indubitável que a análise passe por critérios quantitativos, não podendo o avaliador escolher a dedo uma ou outra decisão que lhe aguarde para torna-la posicionamento universal de determinado tribunal. Esse tipo de escolha é plausível em análises qualitativas e estudos de caso, mas para descobrir a jurisprudência local é preciso a utilização de marcos temporais e critérios estatísticos.

O uso desse tipo de metodologia traria para a pesquisa jurídica uma análise mais científica, com rigidez teórica e objetividade na avaliação dos dados, permitindo ao leitor a certeza da origem das informações, assim como uma clareza metodológica, impedindo informações que versam sobre o mesmo assunto mas com conclusões opostas, como as encontradas ao longo do trabalho.

Tendo em vista que um dos objetivos da pesquisa era registrar os pensamentos existentes na doutrina e a sua aplicabilidade na jurisprudência, pode-se dizer que o resultado de certa forma foi bem sucedido. A revisão demonstrou existência de posicionamento disforme e de diversas divergências ao longo das temáticas que envolvem a responsabilidade civil do Estado por omissão, assim como também demonstrou que os tribunais têm tido dificuldade em se manifestar de forma convergente, acompanhando a instabilidade da doutrina.

Por outro lado, se a ideia inicial era vencer as principais teses elencadas na doutrina quanto ao tema, em sentido de firmar os posicionamentos defendidos no país, pode-se afirmar que a crítica válida para estas também é em parte aplicável ao presente trabalho, servindo assim como principal contribuição acadêmica a manifestação da necessidade de maior aplicação metodológica quantitativa as formas de pesquisa de revisão bibliográfica, assim como a revelação de certa fragilidade argumentativa e revisional das principais obras existentes na doutrina nacional que versam sobre o tema da responsabilidade do Estado por omissão.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 11<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes. *Responsabilidade do Estado por atos legislativos e jurisdicionais*. São Paulo: RT, 1988.

ARAÚJO, Edmir Netto. *Responsabilidade do Estado por Ato Jurisdicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

BÜHRINH, Márcia André. *Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. São Paulo: Thomson, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 4.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O direito á razoável duração doduração do processo: Entre eficiência e garantias*. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almeina, 1974.

CARLIN, Volnei Ivo. *Manual de Direito Administrativo: Doutrina e Jurisprudência*. 4<sup>a</sup> Ed. Florianópolis: Editora Conceito, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19<sup>aa</sup> Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. *Responsabilidade Extracontratual do Estado Por Omissão*. 1<sup>a</sup> Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CAUPERS, João. Responsabilidade do Estado por Actos Legislativos e Judiciais. In LOPES-MUÑIZ, J. Luis Martínez e VELÁZQUEZ Antonio Calonge (Coord.). *La responsabilidad*

*patrimonial de los poderes públicos*. III Colóquio hispano-luso de derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 1999.

CIANCI, Mirna. A razoável duração do processo- alcance e significado uma leitura constitucional da efetividade no direito processual civil. In: Wambier, Teresa Arruda Alvim (Coord). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: 7 Responsabilidade Civil*. 23ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FERRAZ, Luciano. Responsabilidade do Estado por omissão legislativa - o caso do art. 37 X da Constituição Federal. In: FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Responsabilidade Civil do Estado Juiz: Estado e juízes* juízes constitucionalmente responsáveis, doutrina e jurisprudência. Curitiba: Editora Juruá, 1995.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. O Estado Legislador Responsável. *Revista de Informação Legislativa*, nº 128, p. 285-295, out - dez., 1995.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do Agente Público*. 2.ª Ed. revista e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

HUMENHUL, Hewerstton. Responsabilidade Civil do Estado Constitucional por Omissão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JOSSERAND, Louis. Evolução da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, vol. 86, p. 556-557, jan./abr. 1941.

JUCOVSKY, Vera Lúcia R. S. *Responsabilidade civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional*: Brasil-Portugal. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2015.

LIMA NETO, Armor. A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado decorrente da função judiciária no Brasil. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Vol 27, n. 47, n.p, 2005.

MARRARA, Thiago; MaceraThiago; Macera; Paulo Henrique. Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário: Aspectos conceituaisAspectos conceituais, doutrinários e jurisprudenciais. In: Justem Filho Marçal, (Coord), *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito AdministrativoDireito administrativo moderno*: De acordo com a EC19/98. 15ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil - Vol. IV*. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MENDAZONA, Eduardo Cobreros. *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la administración de justicia*. Madrid*justicia*. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2007.

MOROSINI, Marco Aurélio. *Aspectos da responsabilidade civil do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional*. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito)06 de Abril de 2016. 202 paginas. Dissertação de Mestrado — Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina,. Florianópolis, 2016.

MOTA, Maurício Jorge. *Responsabilidade civil do Estado legislador*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

NANNI, Giovanni Ettore. *A Responsabilidade Civil do Juiz*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEDREIRA, Ana Maria. *A responsabilidade do estado por omissão*. Porto Alegre: Editora Núria Fabris. 2016

PEIXOTO, LÍlian de Castro. Responsabilidade Civil por Atos Judiciários. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*, Minas Gerais, CAAP, Afonso Pena, ano 5, n. 9, n.p, 2001.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Observações sobre a responsabilidade patrimonial do Estado. *Revista de Informação Legislativa*, São Paulo, nº 111, jul/set. 1991.

SCATOLINO, Gustavo; TRINDADE, João. *Manual de direito administrativo*. 4ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. 3ª Ed. 2013. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: Volume Único*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

TOMELIN, Georghio A. Responsabilidade dos agentes públicos por condutas omissivas após a vigência do código de defesa do consumidor. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, nº 213, p 165 - 173, jul./set., 1998.

VENOSA, Silvio de Salvo,. *Direito Civil Vol. 4: Responsabilidade Civil*. 8ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008





**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

**Aluno(a):** Mateus Stallivieri da Costa

**RG:** 5380046

**CPF:** 09690515900

**Matrícula:** 12200076

**Título do TCC:** RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR  
OMISSÃO – REVISÃO DA DOUTRINA E DA APLICAÇÃO DO  
INSTITUTO NOS TRIBUNAIS

**Orientador(a):** Guilherme Henrique Lima Reinig

Eu, **Mateus Stallivieri da Costa**, acima qualificado, venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 27 de mês de 2017

Assinatura manuscrita em azul da palavra "Mateus" e o sobrenome "Costa" de forma estilizada.

\_\_\_\_\_  
NOME DO ALUNO



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO


O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “Título do TCC”, elaborado pelo acadêmico **Mateus Stallivieri da Costa**, defendido em **27/06/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (Dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 27 de Novembro de 2017



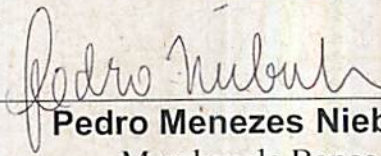
---

**Guilherme Henrique Lima Reinig**  
Professor Orientador



---

**José Sérgio da Silva Cristóvam**  
Membro de Banca



---

**Pedro Menezes Niebuhr**  
Membro de Banca